التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

المتوفى سنة ٧٧٦هـ

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

أستاذ الحديث النبوي وعلومه
في كلية الدراسات الإسلامية بسراييفو والأكاديمية الإسلامية بزينيتسا
ومدرس العلوم الشرعية في معهد قطر الديني سابقاً

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث
Najeebawaih Manuscripts Centre Dublin-Ireland

المجلد الخامس

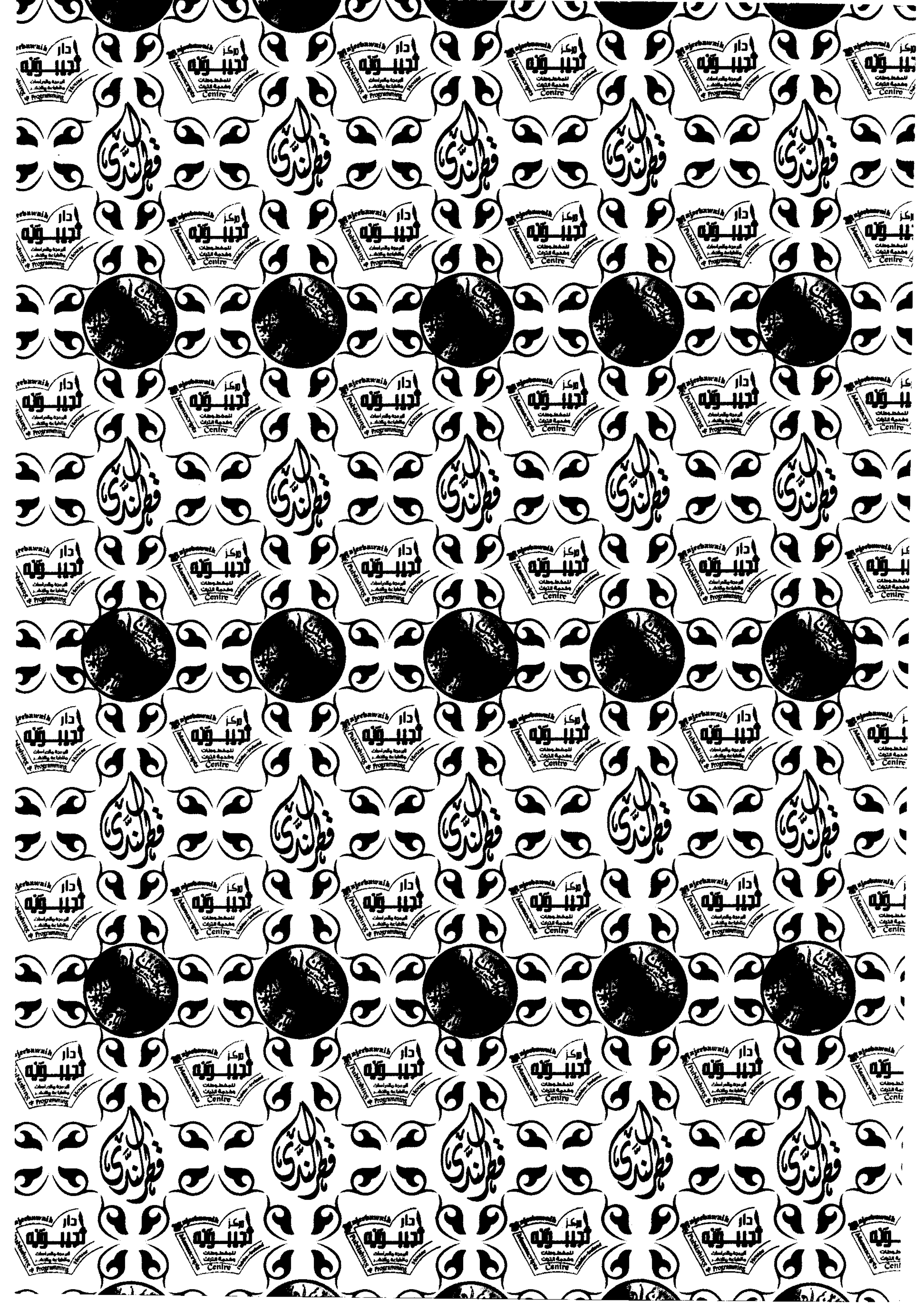


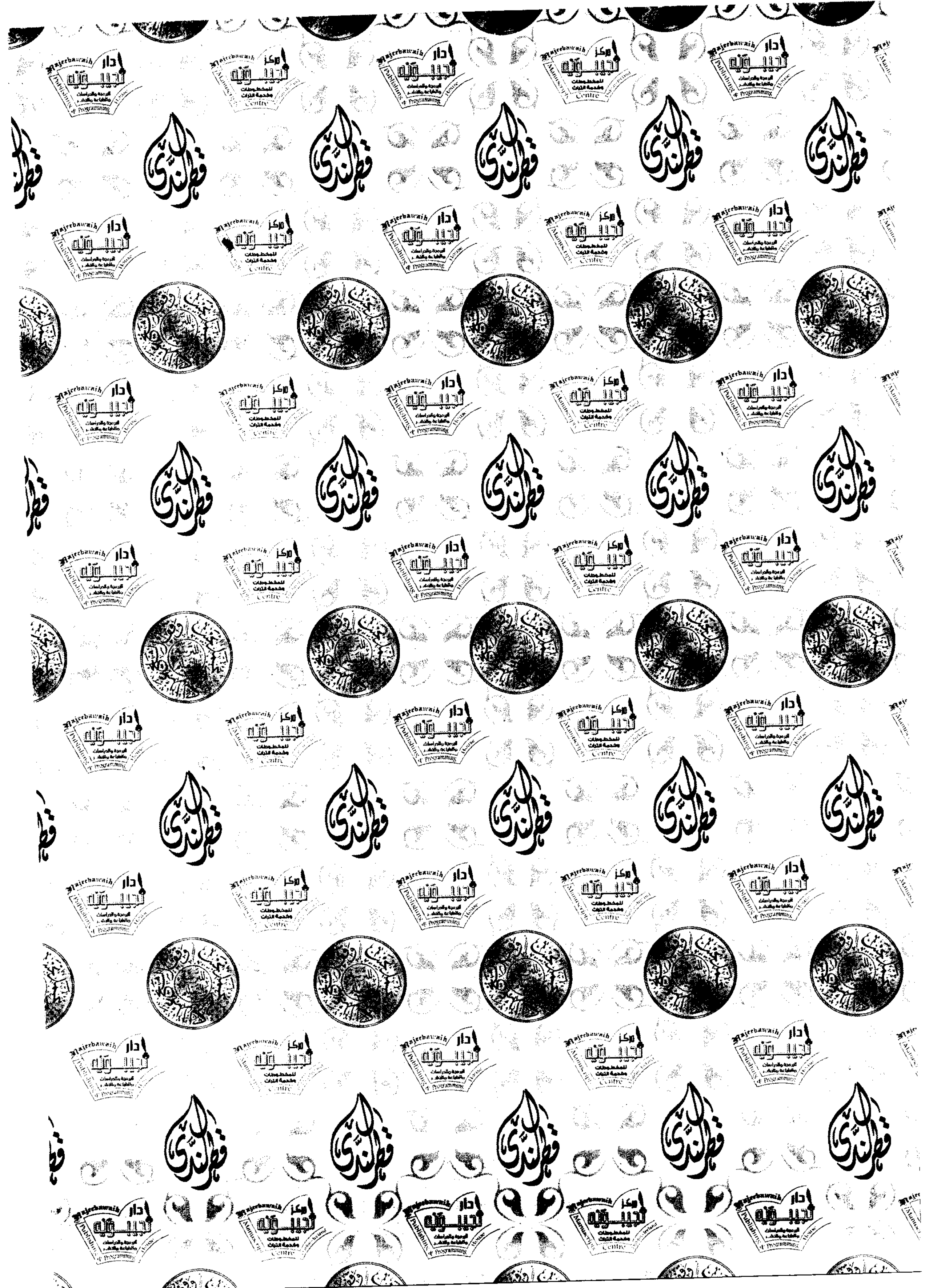
التوضيح

خليل بن إسحاق المالكي

ضبطه وصححه
الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب







منشورات
مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث
www.najeebawaih.net
١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

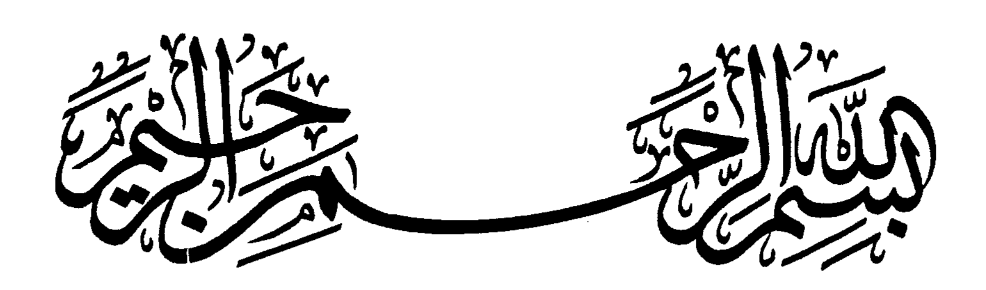
(المتوفى سنة ٧٧٦ هـ)

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب



المجلد الخامس



العِدَدُ: عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَالاسْتِبْرَاء

العِدد: جمع عدة، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد، وهي تربص المرأة زماناً معلوماً قدره الشرع علامة على براءة رحمها مع ضرب من التعبد، وجعل المصنف أنواعها ثلاثة، وفي جعل الاستبراء من أنواع العدة تجوز في اصطلاح الفقهاء.

وهِيَ بالأَقْرَاءِ والأَشْهُرِ، والْحَمْلِ

الأقراء في الطلاق لذوات الحيض، قال الله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والأشهر للمتوفى عنها وللمطلقة إذا لم تكن من ذوات الحيض لصغر أو كبر، قال الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة: ٢٣٤] وقال تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ ﴾ إلى ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ ﴾ [الطلاق: ٤] أي فعدتهن كذلك، ووضع الحمل عدة للحامل كانت متوفى عنها أو مطلقة، قال الله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤].

ولا عِدَّةَ عَلَى مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ الدُّخُولِ

لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولا مفهوم لصفة الإيمان هنا لأنه خرج مخرج الغالب، ولا فرق بين مؤمنة وكافرة.

فَإِنْ لَمْ يُعْلَمْ وَجَبَتْ بِإِقْرَارِهَا لا بِإِقْرَارِهِ

يعني: فإن لم يعلم دخول فإن أقرت هي به وجبت عليها العدة؛ لأنه إقرار منها على نفسها فلزمها كسائر الإقرارات بخلاف ما [٣٩٨/ أ] لو أقر هو فقط فإنه دعوى عليها

بغير دليل فلا يقبل كسائر الدعاوي، وهذا الكلام في نفس العدة، وأما لواحقها من النفقة والسكنى فسيأتي الكلام عليها.

فَإِنْ ظَهَرَ حَمْلٌ ولَمْ يَنْفِهِ كَانَ كَالدُّخُولِ فِي الْعِدَّةِ والرَّجْعَةِ ولَوْ ظَهَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ لَحِقَ بِهِ ....

لأن الولد للفراش فهو لاحق به ولا ينتفي عنه إلا بلعان، وعلى هذا فيجب عليها إذا طلقها العدة وتكون له الرجعة، وهذا معنى قوله: (**وكَانَ كَالدُّخُولِ فِي الْعِدَّةِ والرَّجْعَةِ**) وفي بعض النسخ: (ولا رجعة له) وهي غير صحيحة لأنها إذا وجبت عليها العدة كان له الرجعة، وقوله: (**ولَوْ ظَهَرَ بَعْدَ مَوْتِهِ**) ظاهرٌ لأنه إنما كان ينتفي عنه في الحياة باللعان وهو لا يتأتى هنا.

وأَمَّا بَعْدَهُ فَتَجِبُ، وإِنْ تَصَادَقَا عَلَى نَفْيِ الْوَطْءِ حَيْثُ أَمْكَنَ شَغْلُهَا مِنْهُ بِأَيِّ خَلْوَةٍ كَانَتْ ....

أي: وأما بعد الدخول وهو إرخاء الستور (**فَتَجِبُ**) العدة سواء (**تَصَادَقَا**) معاً (**عَلَى نَفْيِ الْوَطْءِ**) أم لا لحقِّ الله في العدة بشرط إمكان الوطء، وأما لو خلا بها لحظة تقصر عن زمان الوطء فلا، وقوله: (**بِأَيِّ خَلْوَةٍ كَانَتْ**) أي: سواء كانت خلوة اهتداء أو خلوة زيارة.

فرع:

قال في المدونة: ولو كان معها نساء حين قَبَّلَ وانصرف لمحضرهن فلا عدة عليها.

الباجي: وكذلك امرأة واحدة، أي: لأن الخلوة قد فقدت.

وتَسْقُطُ النَّفَقَةُ والسُّكْنَى، ولا يَجِبُ إِلا نِصْفُ الصَّدَاقِ، ولا رَجْعَةَ لَهُ

هذا مفرع على ما إذا تصادقا على نفي الوطء وسقط حقها من النفقة والسكنى ومن تكميل الصداق لإقرارها بعدم الإصابة، وسقط حقه من الرجعة لإقراره أنه لم يصب،

وكذلك أيضاً لا تكون له الرجعة إذا ادعى أحدهما الوطء وأنكره الآخر؛ لأنه يتهم على الرجعة في غير محلها. **ابن عبد السلام**: وينبغي إذا اختلفا في المسيس أن يجري حكم النفقة والسكنى على الصداق بحيث يكمل يثبتان، وحيث لا يكمل يسقطان.

ولا شَيْءَ لَهَا فِي الْفَاسِدِ، وقِيلَ: تَعَارَضَ إِنْ كَانَ تَلَذَّذَ بِشَيْءٍ

يعني: أن ما قدمه من وجوب نصف الصداق إذا طلق قبل البناء إنما هو في النكاح الصحيح وأما الفاسد فلا شيء عليه فيه؛ لأن الله تعالى إنما أوجب النصف إذا طلق الزوج فقال: ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ [البقرة:٢٣٧] لأنه قد أضاف الطلاق إليهم، والإضافة إليهم تستدعي وقوعه باختيارهم. وظاهر ما لابن القاسم في إرخاء الستور ما قدمه المصنف، والمنسوب فيه لغيره هو القول الثاني، وعكس هذا القول في كتب العدة فجعل القول بأنها تعارض لابن القاسم ولا تعارض لغيره.

وَلا تَجِبُ بِوَطْءِ الصَّغِيرِ الَّذِي لا يُولَدُ لِمِثْلِهِ وإِنْ قَوِيَ عَلَى الْجِمَاعِ، ولا بِالْمَجْبُوبِ ذَكَرُهُ وأُنْثَيَاهُ ....

يعني: أن العدة في الطلاق إنما تجب إذا كان الزوج يمكن أن يولد لمثله، فلذلك لا تجب بوطء الصغير الذي لا يولد لمثله، يريد إذا خالع عنه أبوه أو وصيه مثلاً فطلاقه نافذ، ولا بوطء المجبوب لكن تجب على زوجاتها العدة في الوفاة، ولا أعلم في هذه الجملة خلافاً.

بِخِلافِ الْخَصِيِّ الْقَائِمِ الذَّكَرِ، وفِيهَا فِيهِ وفِي عَكْسِهِ يُسْأَلُ النِّسَاءُ، فَإِنْ كَانَ يُولَدُ لِمِثْلِهِ فَالْعِدَّةُ، وإِلا فَلا عِدَّةَ ولا يَلْحَقُ ....

(**بِخِلافِ الْخَصِيِّ الْقَائِمِ الذَّكَرِ**) المقطوع الأنثيين، ومقتضى قوله (**بِخِلافِ**) أنها تجب العدة بوطئه وهذا قول حكاه اللخمي وغيره.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب. وقال ابن حبيب: لا عدة على امرأته. وهو ظاهر؛ لأن الولد لا يلحق به عند ابن القاسم.

ابن حبيب: وكذلك ذاهب الخصية اليسرى. وقال ابن دينار: الولد لاحق بالخصي كيفما كان. قيل: وعكسه تجب العدة كيفما كان، وأشار عياض إلى أنه لا فرق في القليح الذكر بين أن يكون سالماً أو بعضه لأنه يصيب بما بقي من ذكره، وكذلك صرح به أشهب، وقوله: (**فِيهِ وفِي عَكْسِهِ**) المراد بالعكس أن يكون ما في الأنثيين مقطوع الذكر.

عياض: وسبب الخلاف بين المدونة وابن حبيب ذهاب الأنثيين أو أحدهما، فمذهب الكتاب الإحالة على سؤال أهل المعرفة هل يولد له أم لا؟ ومذهب ابن حبيب الإحالة على علم الطب والتشريح لأنهم يقولون: إن البيضة اليسرى جعلت لطبخ المني فإذا فقدت لم يمكن أن يتأتى له ولد، فلا تعتد زوجته ولا يلحق به ولد بخلاف ما إذا كان مقطوع الذكر أو البيضة اليمنى، ونص ابن حبيب على أنه إن بقي معه أنثياه أو اليسرى منهما وبقي من العسيب بعضه أن الولد لاحق به. وينبغي على قوله أن يلحق به الولد وإن لم يبق من عسيبه شيء. وقوله: (**إِنْ كَانَ يُولَدُ لِمِثْلِهِ فَالْعِدَّةُ**) أي فالعدة واجبة، يريد ويلحق به الولد (**وإِلا فَلا**) أي وإن لم يولد لمثله (**فَلا عِدَّةَ ولا يَلْحَقُ**) به الولد.

ولا عَلَى صَغِيرَةٍ لا تُطِيقُ الرَّجُلَ

لا خلاف في ذلك لأن وطئها جرح وفساد، وفهم منه أنها إن طاقت الرجل عليها العدة وإن لم يمكن حملها وهو مذهب المدونة، واختار ابن لبابة أنها لا عدة عليها ولا على الكبيرة المسنة التي لا يخشى منها الحمل.

ويَجِبُ عَلَى الْحُرَّةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ بَعْدَ الدُّخُولِ مِنْ حِينَ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ثَلاثُ حِيَضٍ ومِنْ كُلِّ وَطْءٍ مِنْ زِنًى أَوِ اشْتِبَاهٍ

عدة المطلقة [٣٩٨/ ب] ثلاثة أقراء في ذات الأقراء وثلاثة أشهر في اليائسة والصغيرة.

وقوله: **(مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ)** أي سواء كان مجمعاً على فساده أم لا؟ وهذا هو المشهور ومذهب المدونة. اللخمي: وقيل: يكفي في المتفق على فساده كنكاح المحرم والرضاع حيضة لأن الزيادة على الواحدة تعبد.

وقوله: **(بَعْدَ الدُّخُولِ)** ظاهر لأنه إذا لم يجب على المطلقة قبل البناء شيء في النكاح الصحيح فأحرى الفاسد. وقيل: من حين فرق بينهما؛ لأنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساده لما كانت الفرقة فيه لا تحتاج إلى حكم حاكم كانت في كل وقت كالأجنبية، فتكون العدة من آخر وطء.

وقوله: **(ثَلاثُ حِيَضٍ)** هو عطف بيان على قوله: **(عِدَّةُ الْمُطَلَّقَةِ)** أو بدل، ومراده بقوله: **(ثَلاثُ حِيَضٍ)** أي ثلاثة أطهار؛ لأن الأقراء عندنا الأطهار كما سيأتي، ووجبت العدة في النكاح الفاسد كالصحيح لأن الولد لا يلحق به فيه. وقوله: **(وَمِنْ كُلِّ وَطْءٍ مِنْ زِنًى أَوِ اشْتِبَاهٍ)** هذا معطوف على قوله: **(مِنْ كُلِّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ)** لكن لا يسمى هذا في عرف الفقهاء عدة وإنما يسمى استبراء.

وَلا يَطَأُ الزَّوْجُ وَلا يَعْقِدُ وَإِنْ لَحِقَ الْوَلَدُ بِخِلافِ الْمُطَلِّقِ فِي الصَّحِيحِ

يعني: أن من زنت زوجته أو اشتبهت فلا يطأها زوجها في مدة الاستبراء ولو كان الولد به لاحقاً، وكذلك لا يعقد على الأجنبية التي زنت أو وطئت باشتباه؛ لأن كل محل امتنع فيه الاستمتاع امتنع فيه العقد إلا الحيض والنفاس.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد أن النكاح الفاسد إذا فسخ لا يكون للزوج فيه أن يعقد ولا يطأ وإن لحق الولد، وهذا المعنى الثاني وإن كان قرب إلى لفظه لكن يبقى قوله: **(وَلا يَطَأُ)** ليس فيه كبير فائدة واقتصر، وعلى الثاني بخلاف المطلق في النكاح الصحيح فإن له أن يعقد ويطأ لأن ماءه صحيح لكن يشترط أن لا تكون مريضة بحيث يحجر عليها.

ومِنْ غَيْبَةِ الْغَاصِبِ والسَّابِي عَلَيْهَا والْمُشْتَرِي ولا يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِها

يعني: ويجب الاستبراء أيضاً بثلاثة أطهار إذا غصبت وغاب عليها الغاصب.

ابن عبد السلام: وقد اختلف لفظه في المدونة في الأمة المغصوبة يغيب الغاصب عليها ثم تعود إلى ربها فظاهر كلامه في أول الاستبراء الوجوب ونص بعد ذلك على أن استبراءها مستحب، وينبغي أن يجري ذلك في الحرة، وكذلك يجب الاستبراء بالثلاثة إذا غاب عليها السابي من الكفار أو المشتري، وسواء بيعت هذه الحرة جهلاً أو فسقاً.

وقوله: (**ولا يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِها**) أي لا تصدق المرأة إن قالت: لم يصبني. وفي بعض النسخ: (قولهما): أي الرجل والمرأة لحق الله تعالى.

وفِي إِيجَابِ ذَلِكَ فِي إِمْضَاءِ الْوَلِيِّ أَوْ فَسْخِهِ قَوْلانِ

يعني: إذا زَوَّجَ أجنبيٌّ امرأةً مع وجود وليها غير المجبر. وقلنا بأشهر قولي ابن القاسم أن للولي الخيار في إجازته وفسخه ما لم يطل بعد البناء، فأمضاه بعد البناء بالقرب فهل هو تقرير، وكأن النكاح وقع بولي فلا يحتاج إلى استبراء، وكذلك لا يحتاج إليه في الفسخ إذا أراد الزوج أن يتزوجها بعد الفسخ؟

أو يقال: إمضاؤه كابتداء نكاح فيحتاج إلى استبراء لأن الماء الأول فاسد وكذلك يحتاج إليه في الفسخ؟ وحاصله: إن قيل أن الماء صحيح لم يحتج إليه وإلا احتاجت. والقول بالاستبراء هو ظاهر المدونة على ما وقع في بعض الروايات، ففيها: ويكره للرجل أن يتزوج امرأة بغير أمر ولي، أعني ولي نسب.

ابن القاسم: فإن فعل كره له وطؤها حتى يعلم وليها فيجيز أو يفسخ، فإن فسخه الإمام أو وليها عند الإمام ثم أرادته زوَّجها إياه مكانها وإن كره الولي إذا دعته إلى سداد وإن لم يساوِ حسبها ولا غناها، وكان مرضياً في دينه وعقله وهذا إذا لم يكن دخل بها.

ابن يونس: يريد فإن دخل بها لم ينكحها حتى تستبرئ بثلاث حيض. لكن صرح في بعض الروايات بأن قوله: (وهذا إذا لم يدخل بها) من كلام سحنون، والأولى رواية أبي عمران لأنه قال: إن كان هذا الشرط لسحنون فهو على مذهبه في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيجيز السيد أنه يستبرئ. قال: وقاله ابن الماجشون. وإن كان من كلام ابن القاسم فهو خلاف ما ذكره ابن حبيب أن مالكاً قال: إن كل نكاح ليس لأحد إجازته فلا يتزوجها في استبراء منه، وإن كان للولي أو السلطان إجازته فله أن يتزوجها في عدة منه. وهو في الموازية في المملوكة توطأ قبل العلم عليها الاستبراء.

واستشكل جماعة الاستبراء هنا لعدم فائدته فإن الولد لاحق به، وأجيب بأن الفائدة تظهر في القذف فلو نسب الولد إلى شبهة في نسبه لم يُحَد من نسبه إلى ذلك إذا نشأ من الماء الواقع قبل الفسخ أو الاختيار، ويحد إذا نشأ الولد بعد ذلك.

فرع: وإما إذا كان النكاح صحيحاً والوطء فاسداً كمن وطئ زوجته حائضاً فإنه لا يلزم من ذلك استبراء، قالوا: وكذلك لو كان النكاح فاسداً لصداقه.

وَالأَمَةُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ كَذَلِكَ، وَفِي الزِّنَى وَالاشْتِبَاهِ كَذَلِكَ

هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: وفي الزنا والاشتباه حيضة، يعني [١٢١/ ب] أن الأمة الزوجة حكمها حكم الزوجة الحرة في هذه الأحكام إلا في القدر الذي تعتد به فإنها تعتد بحيضتين وتستبرئ في الزنا والاشتباه، يريد ومن غيبة الغاصب والسابي والمشتري بحيضة واحدة. ولولا أن المصنف اعتمد على ما اشتهر من أن عدة الأمة حيضتان لكان قوله: كذلك: يوهم أن عدة الأمة ثلاث حيض، وعلى هذا فيكون التشبيه بذلك راجعاً إلى أصل الوجوب لا إلى قدره. ووقع في بعض النسخ: والأمة في النكاح الصحيح والفاسد حيضتان، وفي الزنا والاشتباه حيضة: وهي أظهر.

وتُجْبَرُ الْكِتَابِيَّةُ عَلَى الْعِدَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ فِي طَلاقِهِ ومَوْتِهِ كَالْمُسْلِمَةِ

قوله: (**كَالْمُسْلِمَةِ**) أي: فتعتد ذات الأقراء بثلاثة قروء، واليائسة والصغيرة بثلاثة أشهر، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشر، هذا هو المشهور، وحكى ابن الجلاب رواية ثانية بأن الذمية تعتد في الوفاة من المسلم بثلاثة قروء، وخرج على الروايتين ما إذا توفي عنها قبل البناء فعل المشهور وتعتد في الوفاة أي المسلم بأربعة أشهر وعشر، وعلى الرواية الثانية لا عدة عليها وإنما أجبرت الكتابية على العدة لحق الزوج. واعلم أنه اختلف في الأقراء الثلاثة في عدة الحرة المسلمة فقال الأبهري: الجميع استبراء ولا تعبد فيها. وقال أبو بكر القاضي: القرء الأول لاستبراء الرحم والقرءان الأخيران عبادة. واختار ابن يونس الأول، ولا يعترض عليه بأنه يكفي في الأمة القرء الواحد لأنا نقول: ذلك كالحدود إنما هي موضوعة على حرمة المحدود من العبيد والأحرار والمحصنين والأبكار. وقال عبد الحق: قول أبي بكر هو الصواب. وخرَّج بعضهم على قول أبي بكر قولاً بأن الذمية تكتفي بقرء واحد في الوفاة والطلاق بناء على أن الكفار غير مخاطبين بالأحكام، ولهذا روى أبو زيد عن ابن القاسم في النصرانية يموت عنها زوجها الذمي فيتزوجها المسلم بعد حيضة أنه لا يفسخ نكاحها.

وَيَتَزَوَّجُهَا الْمُسْلِمُ بَعْدَ مَوْتِ الذِّمِّيِّ بَعْدَ ثَلاثَةِ قُرُوءٍ كَطَلاقِهِ

يعني: وقد دخل بها الذمي لمقابلته ذلك بقوله:

فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ تَزَوَّجَهَا مَكَانَهَا فِيهِمَا

أي: في موت الذمي وطلاقه، ولمالك في العتبية أنه يكتفى بحيضة واحدة من طلاق الذمي.

أَقْسَامُهَا مُعْتَادَةٌ ومُرْتَابَةٌ بتَأْخِيرِ الْحَيْضِ، وصَغِيرَةٌ ويَائِسَةٌ وحَامِلٌ ومُرْتَابَةٌ بالْحَمْلِ

الضمير في (**أَقْسَامُهَا**) عائد على العدة، فـ(**مُعْتَادَةٌ**) فيه حذف مضاف، أي عدة معتادة، ويحتمل عوده على المعتدات، ويترجح الأول بأنه لو أراد الثاني لقال: أقسامهن في الأفصح، وحصرها فيما ذكره استقراء، ثم أخذ المصنف يتكلم على كل قسم فقال:

فَالْمُعْتَادَةُ ثَلاثَةُ قُرُوءٍ لِلْحُرَّةِ، وقُرْءانِ لِلأَمَةِ

ما ذكره في الحرة هو نص الآية الكريمة، ولا فرق بين أن يكون زوجها حراً أو عبداً على المعروف. وقيل: إن العدة تتشطر بكون أحد الزوجين رقيقاً، وما ذكره في الأمة متفق عليه عندنا، ويعضده ما رواه أبو داود وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان**» لكنه ضعيف عند أهل الحديث، قيل: والصحيح أنه من كلام أبي عمران.

وَالأَقْرَاءُ الأَطْهَارُ، وجَاءَ لَفْظُ الْحَيْضِ مَوْضِعَهُ كَثِيراً عَلَى التَّسَامُحِ

قال بقولنا الشافعي، وهو قول عائشة، وزيد بن ثابت، وابن عمر، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار، وابن شهاب، وأبان بن عثمان، وأبي ثور. وقال أبو حنيفة: الأقراء هي الحيض. وهو مروي عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وأبي موسى وغيرهم. وضعف أحمد أسانيد ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود.

وبالجملة فكل من القولين مروي عن جماعة من الصحابة والتابعين، ولولا قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق:١] مع حديث ابن عمر في طلاق الحائض لكان مذهب أبي حنيفة أظهر؛ لأن المقصود من العدة إنما هو العلم أو الظن ببراءة الرحم، والدال على ذلك إنما هو الحيض، وأما الطهر فيوجد مع الحمل.

قوله: **(وجَاءَ لَفْظُ الْحَيْضِ)** أي إنهم قد يطلقون لفظ الحيض موضع الطهر كثيراً على التسامح. **ابن عبد السلام:** وما ذكره المصنف هو مذهب المحققين، وذهب بعض الشيوخ إلى حمل هذه الإطلاقات على ظاهرها فنقل عن المذهب قولاً كمذهب أبي حنيفة وهو بعيد لأن هذه المسامحة جرت على لسان من علم أنه لا ينصر إلا قول مالك.

وطُهْرُ الطَّلاقِ تَعْتَدُّ بِهِ ولَوْ لحظَةً

لا خلاف في هذا عندنا وليس كمذهب أبي حنيفة في التي تطلق في الحيض فإنها لا تعتد بذلك الحيض عنده وإن قال: القرء هو الحيض.

فَتَحِلُّ بِأَوَّلِ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ، ويَنْبَغِي ألا تَعْجَلَ إِذْ قَدْ يَنْقَطِعُ عَاجِلاً فَلا تَعْتَدُّ بِهِ ....

أتى بالفاء لأن هذا مرتب على ما قبله وأيضاً فلما قدم أن الطهر الأول تعتد به ولو لحظة خشي أن يتوهم منه أن الجزء الأول من الطهر الأخير يقوم مقام جميع الطهر فتحل [٣٩٩/ ب] ببعضه فبين ذلك وأنها لا تحل إلا بجميعه. ومقابل المشهور رواه ابن وهب عن مالك أنها لا تبين إذا رأت الدم حتى يعلم أنها حيضة تامة. وخرج ابن رشد على قول ابن الماجشون أن أقل الحيض خمسة أيام أنها لا تحل لغير المطلق حتى تمكثها، وكذلك على القول أن أقله ثلاثة وعلى أنه يوم، وفيه نظر، ألا ترى أن مالكاً وابن القاسم يريان الدفعة ونحوها ليست بحيض في هذا الباب مع أنها تبين برؤيتها أول الدم الثالث فلا يبعد أن يسلك ابن الماجشون وغيره هذا المسلك.

ابن رشد: بناء على تخريجه وعلى قول ابن الماجشون وابن مسلمة: لو انقطع الدم فإن عاد بالقرب لفق منه العدة المذكورة، وإن لم يعد إلا بعد البعد كانت تلك الدفعة ونحوها ملغاة لا يعتد بها، وحكم ذلك حكم دم العلة والفساد، وتقضي ما تركت فيه من الصلاة.

عياض: وقول شيخنا: تقضي ما تركت فيه من الصلاة؛ فيه نظر لا يوافق عليه.

وقوله: (**وَيَنْبَغِي أَلا تَعْجَلَ**) يعني وإذا قلنا تحل للأزواج برؤيتها أول الدم الثالث فينبغي ألا تعجل بالتزويج لاحتمال أن ينقطع الدم عنها قبل استبرائها حيضة.

واعلم أن قوله: (**وَيَنْبَغِي**) هو من كلام أشهب في المدونة، والكلام الأول لابن القاسم، كذا قال الجمهور، واختصر ابن أبي زمنين المدونة على أن مجموع الكلام لأشهب، وعلى الأول فاختلف هل كلام أشهب وفاق وهي طريقة المصنف وأكثر الشيوخ، أو اختلاف وإليها ذهب غير واحد وهو مذهب سحنون لقوله: هو خير من رواية ابن القاسم، وهو مثل رواية ابن وهب: أنها لا تحل للأزواج ولا تبين من زوجها حتى يتبين أنها حيضة مستقلة؛ وهو مذهب ابن المواز وابن حبيب.

وعلى هذا فيكون قول أشهب: (وأحب) محمولاً على الوجوب، ويبين ذلك تعليل أشهب بقوله: أن قد ينقطع عاجلاً فإنه علة تقتضي الوجوب. واختلف القائلون بحمل قوله على الخلاف لو انقطع الدم ما الحكم؟ فقال أبو عمران وابن رشد وغيرهما: لا يضرها ذلك وقد حلت للأزواج برؤيته أولاً.

ورأوا أن مذهب ابن القاسم في مقدار الحيض واحد في باب العبادة والعده. ومنهم من قال: بل يضرها، وإنما لم يطلب منها ابن القاسم ما طلبه أشهب لأن الأصل عدم انقطاع الدم، وهو أيضاً الغالب فلا يلزمها وجوب ولا استحباب رعياً لمخالفة الأصل والغالب، وإلى هذا ذهب جمهورهم أنه إن لم يتمادَ بها الدم لا تحسب به حيضة.

فرعان مرتبان على قول الجمهور:

الأول: لو ماتت الزوجة بعد رؤية الدم وقبل التمادي فإنه يحمل أمرها فيه على التمادي ولا يرثها مطلقاً، وإن مات الزوج حينئذ لم ترثه إن تمادى، وإن قالت قبل موته باليوم والشيء القريب: انقطع الدم عني، وكان موته بإثر قولها ذلك ورثته، نقله ابن عبد السلام.

الثاني: عياض: واختلف إذا راجعها زوجها عند انقطاع هذا الدم وعدم تماديه ثم رجع الدم بقرب، هل هي رجعة فاسدة إذ قد ظهر أنها حيضة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح. وقيل: لا تبطل رجع عن قرب أو بعد.

خليل: وهذا الكلام يدل على أنها لم يعاودها الدم أن الرجعة صحيحة وأن للزوج الرجعة وإن قالت قبل ذلك: رأيت الدم ثم ادعت انقطاعه.

وَلا يُقْبَلُ قَوْلُهَا بَعْدَ التَّزْوِيجِ ولا قَبْلَهُ فِي ثُبُوتِ الرَّجْعَةِ

ابن راشد: يعني إذا ادعى زوجها أنه ارتجعها قبل انقضاء العدة وأقرت هي بصحة قوله فإن قولها في ذلك غير مقبول. هذا الذي ظهر لي من قوله، وما كان يحتاج إلى هذا فقد سبق له في الرجعة ما يغني عنه. وقال ابن عبد السلام: يعني إذا فرعنا على المشهور أن لها أن تتزوج ولم تفعل ما استحب لها من التأخير فتزوجت فبعد أن عقد عليها النكاح قالت: انقطع الدم، لم يقبل قولها لأن ذلك إقرار على غيرها وهو الزوج فتتهم على إرادة فسخ نكاحه، وكذلك لو لم تتزوج فتتهم على إنشاء نكاح مع مطلقها من غير صداق ولا ولي فعلى هذا لو دفع إليها المطلق ربع دينار وأحضر الولي لما منعت من ذلك إذ لا موجب للتهمة والله أعلم.

وانظر كلام المؤلف ووفق بينه وبين قول أشهب في المدونة أحب إلي ألا تنكح حتى تستمر الحيضة لأنها ربما رأت الدم ساعة أو يوماً ثم ينقطع عنها فيعلم أن ذلك ليس بحيضة فإذا رأت المرأة هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها والعدة قائمة ولزوجها الرجعة حتى تعود عليها حيضة صحيحة مستقيمة. انتهى كلام ابن عبد السلام وفيه نظر؛ لأنها إذا قالت: انقطع عني قبل التزويج فإما أن تبني على قول أبي عمران وابن رشد أن ابن القاسم يرى أن أقل الحيض لا حد له هنا كما في العبادة أولاً، فإن كان الأول فلا عبرة

بكلامها لأنها قد كمل لها حينئذ ثلاث حيض، وإن بنينا على قول الأكثر فيقبل قولها لأنها حينئذ لم تحِض ثلاثاً ويكون لزوجها الرجعة، وقد تقدم في الفرع الثاني من كلام القاضي عياض ما يدل [٤٠٠/ أ] على ذلك، وقد صرح غيره بذلك، وعلى هذا فكلام ابن راشد أحسن، والله أعلم.

فَإِنْ طُلِّقَتْ فِي حَيْضٍ أَوْ نِفَاسٍ حَلَّتْ بِأَوَّلِ الرَّابِعَةِ، وَالأَمَةُ بِحِسَابِهَا

لأنها لا تعتد بالحيضة التي طلقت فيها وكذلك النفاس فلأجل ذلك لا تحل إلا بالدخول في الحيضة الرابعة. قوله: (**وَالأَمَةُ بِحِسَابِهَا**)، أي فتحل بالدخول في الحيضة الثالثة.

وَإِذَا حَاضَتْ يَوْماً أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ فَفِيهَا يُسْأَلُ النِّسَاءُ أَيَكُونُ هَذَا حَيْضاً أَمْ لا، وَقَالَ أَيْضاً: وَلا تَكُونُ حَيْضَةٌ أَقَلَّ مِنْ يَوْمَيْنِ. ابْنُ مَسْلَمَةَ: لا تَكُونُ أَقَلَّ مِنْ ثَلاثَةٍ. ابْنُ الْمَاجِشُونِ وَسَحْنُونٌ: لا تَكُونُ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةٍ. وَلِذَلِكَ قَالَ سَحْنُونٌ: لا تَنْقَضِي بِأَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ وَقَدْ تَقَدَّمَ الطُّهْرُ فِي الْحَيْضِ ....

قد تقدم أن أبا عمران وابن رشد تأولا على المدونة أنه لا حد لأقل الحيض هنا كالعبادات وأن أكثرهم خالفهما هنا في ذلك، ونص المازري على أن المشهور عن مالك نفي التحديد وإسناد الحكم إلى ما يقوله النساء أنه حيض، ونص أشهب في المدونة أن اليوم لا يكون هنا حيضاً، وحكى الخطابي عن مالك أنه لا تكون الحيضة هنا أقل من يوم، وكل من قال بالتحديد بيوم أو يومين أو ثلاثة أو خمسة فإنما قال ذلك لعادة جرت عنده. وصرح المصنف عن سحنون أنه يقول: إن أقل الحيض خمسة، وإنما يحكيه غيره استقراء من قوله أنها لا تنقضي بأقل من أربعين، أي بناء على أن أقل الحيض خمسة، وعلى المشهور أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً، وذلك أنه يقدر كون الطلاق وقع آخر لحظة من الطهر فهذا قرء ثم حاضت بعد خمسة أيام ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم حاضت خمسة

ثم طهرت خمسة عشر يوماً ثم دخلت في الدم الثالث وذلك أربعون، ولو بنى على قوله أن أقل الطهر ثمانية لانقضت بستة وعشرين.

قوله: (**وَقَدْ تَقَدَّمَ الطُّهْرُ فِي الْحَيْضِ**) فيه حذف خطابين تقديرهما: تقدم مقدار الطهر في كتاب الحيض، وحاصل كلام المصنف أن الطهر في البابين سواء، وإنما يختلف البابان في مقدار الحيض.

وَالْمُرْتَابَةُ بِغَيْرِ سَبَبٍ مُعْتَادٍ - حُرَّةً أَوْ أَمَةً - تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ اسْتِبْرَاءً ثُمَّ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ عِدَّةً فَتَحِلُّ عَقِبَ السَّنَةِ، كَمَا قَضَى عُمَرُ، ولذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ: عِدَّةُ الطَّلاقِ بَعْدَ الرِّيبَةِ، وعِدَّةُ الْوَفَاةِ قَبْلَ الرِّيبَةِ

لما انقضى كلامه على المعتادة أخذ يتكلم على المرتابة بتأخير الحيض.

وقوله: (**بِغَيْرِ سَبَبٍ مُعْتَادٍ**) احترز بذلك مما لو تأخر حيضها لسبب معتاد وسيأتي. وسوَّى المصنف بين الحرة والأمة في التربص تسعة أشهر، وهي زمان الحمل غالباً، فإذا لم يظهر بها حمل ولا رأت ما حصل الظن أنها ليست بحامل وأنها لا ترى دماً فقام ذلك مقام الإياس من كونها من أهل الأقراء فتعتد حينئذ كعدة الآيسة ثلاثة أشهر مضافة إلى التسعة ولا تدخل فيها، وهو معنى قوله: (**فَتَحِلُّ عَقِبَ السَّنَةِ**) ثم أشار إلى دليل هذا الحكم بقوله: (**كَمَا قَضَى عُمَرُ**) وبه قال ابن عباس ولا يُعلم لهما مخالف، وهذا هو المشهور.

وذكر في الكافي قولاً آخر أن المرتابة لا تخرج من عدتها حتى تستوفي بقيتها وترفع الريبة. وقال أشهب: تعتد الأمة بأحد عشر شهراً تسعة استبراءً وشهران للعدة، وهو الظاهر لأن الثلاثة أشهر إنما لم تتشطر في حق الأمة لأجل أن الحمل لا يظهر في أقل منها وهاهنا قد حصل قبلها تسعة أشهر.

وقوله: (**ولذلك قال مالك... إلخ**) إنما كانت عدة الطلاق بعد الريبة قبلها لأن المطلقة تطلب أولاً بالأقراء فإذا مضت لها تسعة أشهر ولم تر شيئاً علمت أن عدتها بالأشهر، والمتوفى عنها تعتد بالأشهر فإذا انقضت عدتها ولم تر حيضاً وهي ممن تحيض في ذلك القدر حصلت الريبة فأمرت أن تنتظر حمل النساء غالباً، وهو تسعة أشهر - لتزول الريبة.

فَإِنْ حَاضَتْ فِي السَّنَةِ وَلَوْ آخِرَهَا انْتَظَرَتِ الثَّانِيَةَ كَذَلِكَ ثُمَّ الثَّالِثَةَ

يعني: إذا قلنا تتربص سنة فإن جاءتها الحيضة ولو في آخر السنة انتقلت إلى الحيض لأن الحيض يدل على الأقراء فإذا ظهر الأصل قبل ترتب البدل وجب إلغاء البدل كما في سائر الأصول، أما لو رأت الدم بعد السنة ولو بقليل لم يكن له أثر لأن المرأة قد حلت للأزواج بانقضاء السنة، فكان ذلك بمنزلة ما لو طرأ الماء على المتيمم وهو في الصلاة، وما ذكر المصنف من انتظار الثانية والثالثة كذلك هو المشهور.

وقال ابن نافع: إن حاضت حيضة أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها أو كانت ممن تحيض فإنها تنتظر أقصى الحمل خمس سنين، وإن كانت ممن يئس مثلها من الحيض اعتدت بالسنة تسعة أشهر ثم ثلاثة.

سحنون: وأصحابنا لا يفرقون بينهما والعدة فيهما بالسنة. الشيخ أبو محمد: يعني سحنون فيمن يحتمل أن تحيض، وأما من لم تحتمل ذلك فعدتها ثلاثة أشهر.

فَإِنِ احْتَاجَتْ إِلَى عِدَّةٍ أُخْرَى قَبْلَ الْحَيْضِ فَفِي الاكْتِفَاءِ بِثَلاثَةِ أَشْهُرٍ قَوْلانِ

يعني: إذا تمت عدتها بالسنة ثم احتاجت إلى عدة أخرى إما بأن تزوجت غير زوجها ودخل بها ثم طلقها، وإما أن يكون زوجها قد ارتجعها ثم طلقها فروى محمد عن مالك وأصحابه أن عدتها ثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة لأنها لما اعتدت بالشهور صار لها حكم اليائسة والقول بأنها لا تكتفي بثلاثة [٤٠٠/ ب] أشهر وتنتظر السنة لم أره معزواً.

وَتَكْفِي فِي الأَمَةِ الْمُشْتَرَاةِ فِي الْعِدَّةِ بَعْدَ مُضِيِّ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ بِاتِّفَاقٍ

قال في المدونة: وإن اشترى معتدة من طلاق وهي ممن يحيض فارتفعت حيضتها فإذا مضت سنة من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهر فأكثر حلت، وعلى هذا ففاعل (**تَكْفِي**) ضمير عائد على السنة، ويكون كلامه مقيداً بما إذا بقي من السنة من يوم الشراء ثلاثة أكثر، ويحتمل أن يكون ضمير (**تَكْفِي**) عائد على الثلاثة أشهر المتقدمة في قوله: (**فَفِي الاكْتِفَاءِ بِثَلاثَةِ أَشْهُرٍ قَوْلانِ**) وذكر عن القابسي في معتدة من طلاق اشتريت فرفعتها حيضتها أنها لا توطأ إلا بعد سنة ولو قال القوابل بعد ثلاثة أشهر وقبل سنة لا حمل بها؛ فلا توطأ إلا بعد حيضتين أو سنة لا حيض فيها.

قال: وليست كالمعتدة من الوفاة هذه إن قال القوابل: بعد ثلاثة أشهر وقبل تسعة لا حمل بها؛ حلَّ لمشتريها وطؤها لأن العدة من الوفاة قد انقضت بمضي شهرين وخمس ليال والتربص لزوال الريبة فمتى زالت حلت، والمطلقة عدتها بعد التسعة أشهر، وفي المدونة أيضاً: من اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تتم عدتها، فإن انقضت عدتها أجزأتها من العدة والاستبراء، وإن انقضت ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، فإن زالت الريبة قبلها حلت وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة. وأتيتُ بالكلام في المشتراة في عدة الوفاة استطراداً لأن كلام المصنف لا يتناولها، إذ هو الآن إنما يتكلم في عدة المطلقة.

وَبِسَبَبٍ مُعْتَادٍ كَمَنِ اعْتَادَتْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ سَنَةٍ فَفِي انْتِظَارِهَا لاعْتِبَارِ الأَقْرَاءِ قَوْلانِ، وعَلَى انْتِظَارِهَا تَحِلُّ بِانْتِفَائِهَا

هذا قسيم قوله: (**والمرتابة بغير سبب معتاد**) أي والمرتابة بسبب معتاد، وجعل المصنف الأسباب أربعة: **الأول**: إذا كانت عادتها أنها لا تحيض إلا في كل سنة أو نحو

ذلك. **والثاني**: الرضاع. **والثالث**: المرض. **والرابع**: الاستحاضة. واقتصر في الجواهر على الثلاثة الأخر، وهو أحسن؛ لأن في إدخال من تأخر حيضها بسبب العادة تحت المرتابة تسامحاً، والقول بانتظارها الأقراء لمحمد، وهو الذي حكاه اللخمي وغيره.

ابن عبد السلام: وهو الظاهر. **ابن راشد**: وهو الصحيح عملاً بعموم الآية؛ لأن عمدة المذهب في التربص سنة إنما هو قضاء عمر، وهو إنما كان فيمن رفعتها حيضتها.

ابن راشد: وقيل تحل بانقضاء السنة. وقال ابن عبد السلام: لا أتحقق وجود هذا القول في المذهب. ويمكن أن يريد المصنف أنها تحل بثلاثة أشهر، لكن هذا القول إنما نقله أشهب عن طاوس ووجهه أنه حمل الآية في الأقراء الثلاثة على الغالب من حصول الطهر والحيض في شهر. وعلى الانتظار فقال محمد: إن لم تحِض عند مجيئها حلت وإن حاضت من الغد، وهذا معنى قوله: (**وعَلَى انْتِظَارِهَا تَحِلُّ بِانْتِفَائِهَا**) وكذلك في الحيضة الثانية والثالثة؛ واستشكله اللخمي فقال: وليس هذا أصل المذهب، ألا تحتسب بالحيض إذا جاء من الغد لأن الحيض يتقدم ويتأخر.

ثم تكلم المصنف على الرضاع فقال:

والْمُرْضِعَةُ تَتَرَبَّصُ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ لا بِالسَّنَةِ اتِّفَاقاً، فَإِذَا انْقَطَعَ الرَّضَاعُ تَرَبَّصَتْ حِينَئِذٍ كالأُولَى ....

ما حكاه من الاتفاق حكاه محمد فقال: لم يختلف قول مالك وأصحابه في عدة المرضع أنها لا تعتد بالسنة وعليها أن تنتظر الحيض أبداً ما دامت ترضع حتى ينقطع عنها الرضاع فتستقبل ثلاث حيض، فإن لم تحِض حتى أتت عليها سنة من يوم قطعت الرضاع حلت. وهذا معنى قول المصنف: (**فَإِذَا انْقَطَعَ الرَّضَاعُ تَرَبَّصَتْ حِينَئِذٍ كالأُولَى**) وعلل محمد انتظارها للأقراء بأنا عرفنا أن الرضاع هو الذي رفع عنها الحيض فكانت عدتها بالأقراء كما قال الله تعالى، أي فلم تدخل تحت اليائسات.

وَلِلزَّوْجِ انْتِزَاعُ وَلَدِهِ فِرَاراً مِنْ أَنْ تَرِثَهُ أَوْ لِيَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ أَرْبَعَةً فِي طَلَاقٍ يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْوَلَدِ ....

هكذا قال مالك ومحمد وهو مشروط بأن لا يضر بالولد كما إذا علق بأمه ولم يقبل غيرها. **مالك** في العتبية: وكذلك هي إذا طلبت طرحه فلها طرحه إذا قبل ثدي غيرها وكان للأب مال. وإنما قال المصنف: **(فِي طَلَاقٍ يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ)** لأنه لو كان طلاقاً بائناً لم يحتج إلى انتزاع الولد لأنها حينئذ لا ترثه وله أن يتزوج أختها أو رابعة، ثم تكلم المصنف على المرض فقال:

وَالْمَرِيضَةُ: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْمُرْتَابَةِ بِغَيْرِ سَبَبٍ، وقَالَ أَشْهَبُ: كَالْمُرْضِعِ

قوله: **(كَالْمُرْتَابَةِ بِغَيْرِ سَبَبٍ)** أي تتربص سنة، ورأى أشهب أن المرض يذهب الدم فكان كالرضاع، وفرق ابن القاسم بينهما بأن المرضعة قادرة على إزالة ذلك السبب فكانت قادرة على الأقراء بخلاف المريضة فإنها لا تقدر على رفع ذلك السبب فأشبهت اليائسة. وقول ابن القاسم مروي عن مالك، وبه قال أصبغ وابن عبد الحكم، واختار ابن المواز قول أشهب [٤٠١/ أ] ثم تكلم المصنف على السبب الرابع وهو الاستحاضة فقال:

وَأَمَّا الْمُسْتَحَاضَةُ فَإِنْ كَانَتْ مُمَيِّزَةً بَيْنَ الدَّمَيْنِ فَرِوَايَتَانِ، ابْنُ الْقَاسِمِ: يُعْتَبَرُ الْحَيْضُ الْمُمَيَّزُ، ابْنُ وَهْبٍ: كَالْمُرْتَابَةِ، وغَيْرُ الْمُمَيِّزَةِ كَالْمُرْتَابَةِ ....

حاصله أن المستحاضة على ضربين: إن كانت غير مميزة فهي كالمرتابة باتفاق فعدتها سنة، وإن ميزت فروايتان، واختار ابن القاسم أنها تعمل على المميز الذي لا شك فيه وهو المشهور، واختار ابن وهب أن تعتد بالسنة كالأولى وتمييزه برائحته ولونه، وقال ابن المواز بكثرته أي أن دم الحيض كثير ودم الاستحاضة قليل، والأمة في ذلك كالحرة.

تنبيه:

الباجي: انتظارها سنة ظاهر في تقديم الاستحاضة وأما في تأخيرها ففيه نظر وذلك أن الاستحاضة لا تكون إلا بعد حيض، فإذا وجد الحيض بطل حكم الريبة بارتفاع الحيضة واعتدت بالأقراء، فلا يجوز أن يضاف ما بعد الحيض والاستحاضة إلى ما قبله، وقاله ابن القاسم. تستأنف المستحاضة التي ينقطع عنها الدم سنة من يوم انقطعت الاستحاضة، ووجهه أن الاستحاضة ليست من جنس انقطاع الدم فلا تلفق. وقال بعضهم: إذا قلنا تبني على أيام الاستحاضة فاختلف إذا لم تعلم أول الدم هل كان حيضاً أو استحاضة؟ فقيل: محمله على الاستحاضة وتكون السنة من يوم الطلاق.

محمد: والقياس أن تكون السنة من بعد قدر حيضة والاستظهار.

وأَمَّا الصَّغِيرَةُ والْيَائِسَةُ حُرَّةً أَوْ أَمَةً فَثَلاثَةُ أَشْهُرٍ بالأَهِلَّةِ

لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾ [الطلاق: ٤] أي كذلك، وقوله: (**حُرَّةً أَوْ أَمَةً**) هو المشهور، ووجهه أن الحمل لا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر. وحكى ابن بشير قولين آخرين: شهر ونصف. والثاني: شهران. وقوله تعالى: ﴿ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ ﴾ أي فلم تدروا ما عدتهن، هكذا فسره مالك في العتبية، وقال ابن بكير والقاضي إسماعيل: إن ارتبتم في معاودة الحيض، قالا: ولو كانت ريبة ماضية في الحكم لكان حقها أن ارتبتم بفتح الألف من إن. قالا: واليائس في كلام العرب إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجاء، يقال: يئست من الحيض لشدة مرضه ومن الغائب لبعد غيبته، ولا يقال: يئست من الميت الذي قد انقطع منه الرجاء.

قال اللخمي: والأول أحسن لقوله: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ ﴾ ولا يجتمع الإياس والشك. وقال بعض المفسرين: المعنى: إن ارتبتم هل الدم الذي ظهر من المرأة استحاضة أو حيض معهود أو كبر؟ وقال بعضهم أنه متصل بأول السورة، والمعنى

لا تخرجوهن من بيوتهن إن ارتبتم في انقضاء العدة، قيل: وهو الأصح في معنى الآية. وقوله: (**بِالأَهِلَّةِ**) ظاهر.

فَإِنِ انْكَسَرَ الأَوَّلُ تُمِّمَ الْمُنْكَسِرُ ثَلاثِينَ مِنَ الرَّابِعِ، وقِيلَ: تُمِّمَ الثلاثة

أي فإن انكسر الشهر الأول بأن طلقها في أثناء شهر، وما قدمه المصنف هو في المدونة على بعض الروايات، لكن صرح عياض وغيره بأن ذلك إنما هو عن ابن شهاب وربيعة. **المتيطي** عن بعض القرويين: وقولهما مخالف لقول مالك. وقال أبو عمران: لعل ربيعة يريد إذا لم تر الأهلة مثل أن يغم الهلال، وهو أحسن من الخلاف، والقول الثاني هو مذهب المدونة، ونص عليه في كتاب أكرية الدور، وصرح بعضهم بمشهوريته، وهو الذي يأتي على ما ذكره المصنف في الظهار بقوله: فإن انكسر الأول تمم المنكسر ثلاثين من الثالث، وهو الظاهر لأن المطلوب ما يصدق عليه ثلاثة أشهر، وذلك حاصل بهذا القدر، ووقع في بعض النسخ تقديم هذا القول وهي أحسن.

قَالَ مَالِكٌ: وتُلْغِي الْيَوْمَ الأَوَّلَ، بَعْدَ أَنْ قَالَ: تَحْتَسِبُ بِهِ إِلَى وَقْتِهِ

أي: إذا طلقت في بعض يوم - وعلى قوله الأول - أنها تحتسب به إلى وقته فتحل في تلك الساعة. قال في البيان: ووجهه أنها تجب عليها بإجماع أن تبتدئ العدة من تلك الساعة ولتجتنب الطيب والزينة من حينئذ إن كانت عدة وفاة فيجب أن تحل في تلك الساعة. قال: ووجه الثاني أن السنة والشهر واليوم لما كان أول كل واحد منها غروب الشمس عند العرب والعجم وجب إلغاء بعض اليوم. وعلى الثاني: لو تزوجت بعد الوقت الذي هلك فيه زوجها وقبل غروب الشمس لَفسخ النكاح. وقال ابن القاسم: لا يفسخ. وهو قول ثالث وهو استحسان مراعاة للخلاف.

فَإِنْ رَأَتِ الدَّمَ قَبْلَ تَمَامِهَا عَادَتْ إِلَى الأَقْرَاءِ

يعني: فإن رأت الصغيرة الدم قبل تمام الأشهر فإنها تلغي ما قدم وتعتد بالأقراء ولو كان ذلك في آخر يوم من الأشهر لأنها إنما اعتدت بالأشهر لتعذر الحيض، وإنما خصصنا كلامه هنا بالصغيرة كما قال ابن راشد، ولم نعممه في الصغيرة والكبيرة كما قال ابن عبدالسلام لأنه سيتكلم في اليائسة. والعدد بالنسبة إلى الصغيرة مجاز لأنه حقيقة في الرجوع إلى شيء تقدم، ثم كلامه مقيد بما إذا كانت في سن من تحيض وأما من لم تحِض فلا اعتبار به وهو دم علة وفساد كما لو رأته بنت الستة ونحوها، وهذا معنى قوله:

وما تَرَاهُ مَنْ لا يَحِيضُ مِثْلُهَا لا اعْتِدَادَ بِهِ

ثم تكلم على اليائسة فقال:

وَمَا تَرَاهُ الْيَائِسَةُ يُسْأَلُ النِّسَاءُ عَنْهُ فَإِنْ كَانَ حَيْضاً انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ ثُمَّ تَكُونُ بَعْدَهُ كَالْمُرْتَابَةِ بَعْدَ حَيْضَة ....

أي إذا قال النساء أنه حيض فليست بيائسة، وإنما معنى الكلام [٤٠١/ ب] وما تراه من شك في كونها يائسة فإن قلن أنه حيض انتقلت إليه. قال في المدونة: وإن قلن ليس بحيض وكانت في سن من لم تحض من بنات السبعين والثمانين لم يكن ذلك حيضاً وتمادت بالأشهر. ونص في المقدمات في كتاب الطهارة على أنه إذا شك في هذا الدم أنه يحكم له بحكم الحيض حتى يظهر.

وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ، وإن بَلَغَتِ الثَّلاثِينَ كَالصَّغِيرَةِ

يريد: وأكثر من الثلاثين، وقد صرح في أصل المدونة بأن الأربعين كذلك، قال علماؤنا: وأما لو حاضت مرة في عمرها ثم انقطع عنها سنين كثيرة لمرض أو غيره، وقد

ولدت أو لم تلد ثم طلقت فإن عدتها بالأقراء ما لم تبلغ سن من لم تحض، فإن أتتها الأقراء وإلا تربصت سنة كما تقدم.

وَالْحَامِلُ تَحِلُّ بِوَضْعِ جَمِيعِ حَمْلِهَا لا بِأَحَدِ التَّوْءَمَيْنِ، وَلِذَلِكَ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ قَبْلَ وَضْعِ الثَّانِي، ولا فَرْقَ بَيْنَ الْكَامِلِ والْعَلَقَةِ كَالاسْتِيلادِ ....

لقوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤] وذلك يتناول جميع الحمل، فلذلك فلا تحل إلا بوضع الثاني، فإذا لم تحل كان للزوج الرجعة، ولفظ الحمل يتناول الكامل والعلقة ونص في المدونة في إرخاء الستور على أنها تحل بالمضغة والعلقة وتكون بها أم ولد، ونص في الاستبراء على أن الدم المجتمع كذلك. وقال أشهب: لا تحل بالدم المطلقة ولا تكون به الأمة أم ولد. قيل: وعلامة هذا الدم عند ابن القاسم أن يصب عليه الماء فلا يذوب.

ابن عبد السلام: وما تقدم من أنها تحل بالدم عند ابن القاسم ولا تحل به عند أشهب هو المعلوم من المذهب وعكسه عياض في بعض تواليفه.

وَالْمُرْتَابَةُ بِحَسِّ الْبَطْنِ لا تُنْكَحُ إِلا بَعْدَ أَقْصَى أَمَدِ الْوَضْعِ، وهُوَ خَمْسَةُ أَعْوَامٍ عَلَى الْمَشْهُورِ، ورُوِيَ أَرْبَعَةٌ، وسَبْعَةٌ، وقَالَ أَشْهَبُ: لا تَحِلُّ أَبَداً حَتَّى يَتَبَيَّنَ ....

ما ذكره المصنف أنه المشهور كذلك، قال ابن شاس وغيره، وهو قوله في كتاب العدة من المدونة، والقول بالأربع هو أيضاً لمالك في كتاب العتق من المدونة.

عبد الوهاب: وهي الرواية المشهورة. قال ابن الجلاب: هو الصحيح. وروى أشهب عنه أن أقصاه سبعة أعوام، وقال أشهب: لا تحل أبداً حتى يتبين براءتها من الحمل. قال: وأرى أن المرأة تلد أبداً إذا كانت ترى الدم حتى يذهب عنها ثم تستقبل تسعة أشهر. وهذا يصحح النسخة التي ذكرناها وهي قوله: حتى يتبين، لا ما وقع في بعض النسخ: حتى

يتأيس، من الإياس لأنه لا يلزم من بلوغها سن الإياس أن لا يكون في بطنها حمل متقدم وإنما يمنع الإياس ابتداء الحمل، ويمكن أن يكون المعنى: حتى تيأس من الحمل، فيتفق معنى هذه والأولى، وما جاء هذا الإشكال إلا من فهم الإياس من الحيض، ونقل الجوهري في إجماعه عن محمد بن الحكم أن أكثره تسعة أشهر.

ابن عبد السلام: ولا أعلم له موافقاً كما لا أعلم له موجهاً لأن العيان يقتضي خلافه بما لا يشك فيه ولعله لم يصح عنه. وروي عن مالك أنه لا تحد في ذلك بل يلحق الولد بما يقول النساء أنه يلحق به. وهو أظهر، وسيأتي هذا القول من كلام المصنف.

والنِّسَاءُ كُلُّهُنَّ فِيهِ سَوَاءٌ

أي: فيما تقدم، وهو أكثر مدة الحمل، ولعله إنما ذكر هذا إشارة إلى دفع ما يقال أنه وجد من بني فلان من لا تلد إلى كذا، وفي بني فلان من لا تلد إلى كذا.

ولَوْ أَتَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ بِوَلَدٍ لِدُونِ أَقْصَى الْحَمْلِ لَحِقَ بِهِ إِلا أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللِّعَانِ، ولا يَضُرُّهَا إِقْرَارُهَا بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لأَنَّ الْحَامِلَ تَحِيضُ ...

يعني: أن المرأة المطلقة - وفي معناها المتوفى عنها - إذا أتت بعد انقضاء العدة بولد فإنه يلحق به إذا أتت به لما يلحق فيه الولد، ولا ينتفي عنه إلا بلعان لأن الولد للفراش، وكلام المصنف ظاهر التصور وهو مقيد بما إذا لم تتزوج غير هذا الزوج أو تزوجت غيره وأتت به لأقل من ستة أشهر من عقد الثاني، وحينئذ ينفسخ نكاح الثاني لأنه نكاح في عدة وترجع إلى الأول، وأما إن أتت به لستة أشهر فأكثر فهو لاحق بالثاني قطعاً.

وَفِيهَا لَوْ تَزَوَّجَتْ قَبْلَ خَمْسِ سِنِينَ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِخَمْسَةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَلْحَقْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وحُدَّتْ واسْتَضْعَفَهُ بَعْضُهُمْ وقَالَ كَأَنَّ تَحْدِيدَ خَمْسِ سِنِينَ فَرْضٌ ....

إنما لم يلحق بالأول للزيادة على الخمس سنين ولم يلحق بالثاني لنقصانه عن أقل الحمل، إذا لم يلحق بواحد منهما فتحد قطعاً، والمستضعف لهذا هو القابسي. ابن يونس:

وكان يستعظم أن ينفى الولد من الزوج الأول، وتبعه على ذلك اللخمي، وهو استضعاف ظاهر، ولظهوره عقب المصنف ذلك بقوله:

وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ: إِذَا جَاءَتْ بِهِ لِمَا يُشْبِهُ لَزِمَ

وإلا فكان الأليق بالمصنف أن يقدم هذا القول لما ذكر الخلاف والله أعلم.

وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فِي سَفَرٍ أَوْ غَيْرِهِ وَلا بَيِّنَةَ اسْتَأْنَفَتِ الْعِدَّةَ مِنْ يَوْمِ إِقْرَارِهِ وَوَرِثَتْهُ فِيهَا فِي الرَّجْعِيِّ، ولا يَرِثُهَا وَلا رَجْعَةَ لَهُ إِنِ انْقَضَى قَدْرُ الْعِدَّةِ مِنْ يَوْمِ طَلاقِ إِقْرَارِهِ، فَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةٌ فَالْعِدَّةُ مِنْ يَوْمِ طَلَّقَ ...

صورة المسألة من كلامه ظاهرة وإنما استأنفت العدة من يوم أقر لأن العدة حق لله تعالى [٤٠٢/ أ] فلا يصدق في إسقاطها ولذلك ورثته في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة، وإنما لم يرثها ولم تكن له رجعة إذا انقضت العدة من يوم طلاق إقراره لأنه أقر أنها حينئذ أجنبية، فالشرط في قوله: (**إِنِ انْقَضَى**) راجع إلى مسألتي الميراث والارتجاع معاً.

قال في المدونة: وإن كان الطلاق بتاتاً لم يتوارثا بحال.

أبو الحسن: وانظر لو قال الزوج: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى هل يصدق وتكون له الرجعة كما صدقوا المرأة إذا ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً ولم تصدق عليه ثم خالعها وأرادت نكاحه وقالت: إنما أقررت بذلك لإسقاط النفقة والسكنى لأتخلص منه أن ذلك لها وكما صدقوها إذا طلقت وادعت أنها حامل ثم تقول: لم يكن بي حمل وإنما قلت ذلك ليراجعني زوجي.

وقوله: (**وَإِنْ كَانَتْ بَيِّنَةٌ**) أي تشهد بما أقر به فالعدة من يوم شهدت البينة؛ لأن قيام البينة يقطع كل تهمة. قال في التهذيب: ولا يرجع عليها بما أنفقته من ماله بعد طلاقه قبل علمها لأنه فرط، زاد في أصل المدونة بخلاف المتوفى عنها تنفق من مال زوجها بعد موته فللورثة الرجوع عليها.

مالك في العتبية: وترجع أيضاً بما تسلفت في الطلاق. وقال ابن نافع: لا ترجع بما تسلفت بخلاف ما أنفقت. **ابن المواز**: ولو قدم عليها رجل واحد يشهد بطلاقها فأعلمها أو رجل وامرأتان فليس ذلك بشيء حتى يشهد عندها من يحكم به السلطان في الطلاق.

وَزَوْجَةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا - صَغِيراً أَوْ كَبِيراً، بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ غَيْرَ الْحَامِلِ مِنْهُ -تَعْتَدُّ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً، مُسْلِمَةً أَوْ كَافِرَةً، مَدْخُولاً بِهَا أَم لا- أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وعَشْراً، فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً فَشَهْرَانِ وخَمْسُ لَيَالٍ

أي: أن المسلم مطلقاً سواء كان صغيراً أو كبيراً إذا توفي عن زوجته صغيرة كانت أو كبيرة تعتد لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا ﴾ [البقرة:٢٣٤] الآية، ولم يفرق هنا في الزوج والزوجة بين أن يكونا صغيرين أو لا؛ لأن الزوج لما كان معدوماً في عدة الوفاة حسم الشرع الباب وأوجب له العدة مطلقاً بخلاف الطلاق فإن الزوج يبحث عن حال المعتدة ويذب عن نفسه. واحترز بقوله: (غَيْرَ الْحَامِلِ) من الحامل فإن عدتها وضع حملها كما سيأتي. وقوله: (**فَإِنْ كَانَتْ أَمَةً**) يريد: أو فيها بقية رق. وحكى ابن أبي زيد وابن العطار عن مالك أنه لا عدة على أمة توفي عنها زوجها قبل البناء وإن كان مثلها يوطأ، وهي رواية شاذة.

وَتُجْبَرُ الذِّمِّيَّةُ عَلَى الْعِدَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ، ورُوِيَ فِي الْحُرَّةِ الذِّمِّيَّةِ ثَلاثَةُ قُرُوءٍ ولا عِدَّةَ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ....

أي: العدة المتقدمة وهي أربعة أشهر وعشر، وجبرت إما لعموم الآية وإما لأنه حق بين مسلم وكافر، وما هذا شأنه يغلب فيه المسلم، والرواية أنها تعتد بثلاثة قروء حكاها ابن الجلاب وغيره.

وقوله: (**وَلا عِدَّةَ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ**): هكذا وقع في نسختي ولم يقع ذلك في نسخة ابن عبد السلام وابن راشد، وعلى وقوعها فليست ابتداء مسألة وإنما هي من تمام الرواية الثانية، ففي الجواهر: وروي الحرة الذمية أنها تُستبرَأ بثلاث حيض، ويشرط في هذه الرواية كونها مدخولاً بها وإلا فلا عدة عليها، وأما على المشهور فتعتد بأربعة أشهر وعشراً، وهكذا أشار ابن الجلاب وغيره.

تنبيه:

وقع هنا في بعض النسخ ما نصه: (وأما الحرة الذمية يدخل بها الذمي فلا تحل إلا بعد ثلاثة قروء طلق أو مات، وتحل إن لم يدخل بها لوقتها طلق أو مات) وتصورها واضح.

فَلَوْ عُلِمَ فَسَادُهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ أُلْحِقَتْ بِالْمُطَلَّقَاتِ يَوْمَ وَفَاتِهِ

يعني: أن ما قدمه من أن المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشراً إنما هو في النكاح الصحيح، وأما الفاسد فإنها تلحق بالمطلقات فإن دخل بها استبرئت بثلاث حيض وإن لم يدخل بها فلا شيء عليها لأن الحكم يوجب فسخه، وتحقيق المذهب أن الفساد إن كان مجمعاً عليه ولم يدخل بها فلا عدة، وإن دخل بها فعليها الاستبراء خاصة على المشهور، وقيل: تعتد بأربعة أشهر وعشر، وإن كان مختلفاً فيه ولم يدخل فمن وَرَّثها قال: عليها العدة؛ ومن لم يورثها لم ير عليها شيئاً. وإن كان دخل ففي اعتدادها بالأشهر أو الأقراء قولان، روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن تزوج في المرض ثم مات أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، وقال أيضاً أنها تعتد بثلاثة أقراء، والأول أظهر.

وَقَالَ أَشْهَبُ: لا بُدَّ مِنْ حَيْضَةٍ أَوْ مَا يَنُوبُ عَنْهَا فِي الْمُرْتَابَةِ، وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: لا يُحْتَاجُ إِلَيْهَا. والْمَشْهُورُ: إِنْ تَمَّتْ قَبْلَ عَادَتِهَا فَلا، ويَنْظُرُهَا النِّسَاءُ وإِلا فَنَعَمْ

لا خلاف أن المعتدة في الوفاة تحل بمضي الأشهر إذا حاضت في أثنائها، واختلف إذا لم تحِض، فروى أشهب: لا بد من حيضة كانت أيام طهرها أقل من العدة أو أكثر، وإن لم

تحض فلا بد من تسعة أشهر. وإلى هذا أشار بقوله: أو ما ينوب عنها في المرتابة. وفي قوله: (**قَالَ أَشْهَبُ**) نظر، لأنه يوهم أن أشهب قاله، والمنقول عنه في المنتقى والمقدمات وغيرهما كقول [٤٠٢/ب] ابن الماجشون: لا يحتاج إليها، وتكفيها أربعة أشهر وعشر لأنه لو كانت الحيضة مشروطة لبيَّنته الآية ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾ [مريم: ٦٤] والمشهور تصوره واضح ووجهه بين؛ لأن تأخير الحيض إذا كانت عادتها أن تحيض قبل مضي مقدار العدة ريبة بخلاف ما إذا كانت عادتها أنها لا تحيض في قدرها، فإن التأخير هنا لا يوجب ريبة، ولذلك اتفق على أن المرضع والمريضة تحل بمضي أربعة أشهر وعشر، قاله ابن بشير لأنها لم يتأخر الحيض عنها لريبة في الحمل وإنما ذلك لِما نزل بها، وعلى المشهور فتكون الآية مخصصة بمن لم تحصل لها ريبة بتأخير الحيض وهو مبني على تخصيص العموم بالمعنى. وما ذكره المصنف أنه المشهور رواه مطرف عن مالك، وحاصله أنها تبرأ بمضي أربعة أشهر وعشر بشرطين: أن تتم العدة قبل مجيء عادتها، وأن ينظرها النساء ويقلن لا ريبة بها. وإلى الشرط الثاني أشار بقوله: وينظرها النساء، أي إذا تمت العدة قبل عادتها.

قوله: (**وإِلا فَنَعَمْ**) أي وإن قال النساء: بها ريبة؛ فلا بد من الحيضة أو ما يقوم مقامها، وهذا الخلاف في المدخول بها.

القاضي أبو محمد: وأما غير المدخول بها فتحل بمضي العدة وإن تأخر حيضها. وروى ابن المواز وابن سحنون أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر إلا أن ترتاب بتأخير الحيض فترفع لتسعة أشهر.

وفِي الْمُسْتَحَاضَةِ قَوْلانِ: أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، وتِسْعَةُ أَشْهُرٍ، وَالتَّفْصِيلُ أَيْضاً فِي الْمُمَيِّزَةِ ....

اقتصر الباجي على القول بأنها تعتد بتسعة أشهر، وحكاه اللخمي وابن بشير وحكيا أيضاً القول بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، واستحسنه اللخمي لعموم الآية. قال ابن

عبدالسلام: والقولان لمالك نصاً، وأما الثالث فتخريج، ومعناه أنها إن كانت غير مميزة تربصت تسعة أشهر وإلا اكتفت بالأربعة أشهر وعشر إن أتتها فيها حيضة، كما تقدم.

وَأَمَّا الأَمَةُ فَقِيلَ: لا تَحِلُّ بِمُجَرَّدِ مُضِيِّ الْعِدَّةِ اتِّفَاقاً، وإِنَّمَا تَحِلُّ بِمَا تَحِلُّ بِهِ الأَمَةُ فِي الشِّرَاءِ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ مَعَهَا، وقِيلَ: تَحِلُّ الْمُرْضِعُ بِمُضِيِّهَا، وفِي الْعُتْبِيَّةِ: تَحِلُّ مُطْلَقاً ....

حاصل ما ذكره طريقان: **أحدهما**: أن ما تقدم من الخلاف في اشتراط الحيضة في عدة الوفاة إنما ذلك في عدة الحرة، وأما الأمة فالاتفاق على أنها لا تحل بمجرد مضيها لقصر أمدها فلا يظهر الحمل فيها.

وقوله: (**وإِنَّمَا تَحِلُّ** ... إلخ): ليس بظاهر لأنه لا يؤخذ منه الحكم، ولا يقال: لعله شبه لإفادة الحكم لأن التشبيه لإفادة الحكم إنما يكون إذا ذكره. وقد اختلف بما تحل به الأمة المتأخر زمان حيضها في الشراء، هل بثلاثة أشهر أو تسعة؟ ومقتضى المدونة أنها تحل بثلاثة إلا أن ترتاب، ففيها: ومن اشترى معتدة من وفاة زوج فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تتم عدتها، فإن انقضت أجزأتها عن العدة والاستبراء، وإن تمت عدتها ولم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، فإن زالت الريبة قبلها حلت وإن ارتابت بعدها بحس البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة.

قيل لابن شاش: ما فائدة التسعة وهي لا تبرأ إلا بزوال الريبة؟ قال: معنى ذلك إذا أحست شيئاً عند الثلاثة وارتفعت إلى التسعة كفتها التسعة إن لم تزد تلك الريبة، وأنها لا تزيد على التسعة إلا أن تزيد تلك الريبة. **ابن عبد السلام**: والمشهور أنها ترفع إلى تسعة أشهر.

خليل: ولعله يريد مع الريبة ليوافق المدونة. وقول المصنف: وإنما تحل بما تحل به الأمة في الشراء: يحتمل أن يريد به على القولين أو على أحدهما، والأقرب أنه يريد القول بالثلاثة

الأشهر لأنه الذي في الجواهر، وهو مقتضى المدونة كما ذكرنا، وكذلك مذهب الرسالة فإنه نص فيها على أن الأمة التي لا تحيض لصغر أو كبر وقد بني بها فلا تنكح في الوفاة إلا بعد ثلاثة أشهر، وهذه الطريقة ضعيفة فإن ما حكاه المصنف عن العتبية في الطريقة الثانية يبطل الاتفاق.

وقوله: **(تَحِلُّ مُطْلَقاً)** أي سواء كان يخشى منها الحمل أو لا، وحكى غير واحد في هذه المسألة ثلاثة أقوال، قال ابن القاسم في العتبية: تحل وإن كانت شابة يخشى منها الحمل، وفي إحدى الروايتين عن مالك أنها تكمل ثلاثة أشهر ولا تحل بدونها، وقال في الموازية: إن كانت ممن يخشى منها الحمل فثلاثة أشهر، وإن كانت صغيرة أو يائسة أو لم يدخل بها فشهران وخمس ليال. **اللخمي**: وهو أحسنها، والقول بأن المرضع تحل بمضيها هو أيضاً لابن القاسم في العتبية.

وَالْحَامِلِ بِوَضْعِهَا وَلَوْ لَحْظَةً، وَلَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا وَلَوْ بَعْدَ نِكَاحِهَا

يعني: والحامل المتوفى عنها تحل بوضعها ولو ولدت بعد موته بلحظة.

(وَلَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا) ولو تزوجت غيره، وهذا مذهب الجمهور. ورأوا أن قوله تعالى: ﴿ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤] مخصص لعموم قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا ﴾ [البقرة: ٢٣٤] ونقل عن علي وابن عباس: إنما تعتد بأقصى [٤٠٣/أ] الأجلين، وبه قال سحنون، ودليل الأول ما في الصحيح أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال وأنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرها أن تتزوج، وصرح البخاري (لأربعين ليلة)، وفي الموطأ: (نصف شهر).

الباجي: وهذه القضية من آخر ما حكم به النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأن سبيعة كانت تحت سعد بن خولة فتوفي عنها في حجة الوداع.

وقوله: (**وَلَهَا غُسْلُ زَوْجِهَا وَلَوْ بَعْدَ نِكَاحِهَا**): تصوره بيّن.

ابن الماجشون: وإن ماتت الزوجة وكان قد تزوج أختها فله أن يغسلها. وقال ابن حبيب: أحب إلي إذا نكح أختها أن لا يغسلها.

ابن يونس: وعندي إذا ولدت المرأة وتزوجت غيره فأحب إلي ألا تغسله. وهو ظاهر، ولا يوجد دليل على جواز نظر المرأة إلى فرج رجلين في وقت واحد.

وَالْمَوْتُ يَنْقُلُ الرَّجْعِيَّةَ حُرَّةً أَوْ أَمَةً إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَقِيلَ: إِلَى أَقْصَى الأَجَلَيْنِ

يعني: أن المطلقة الرجعية سواء كانت حرة أو أمة إذا مات زوجها عنها انتقلت إلى عدة الوفاة وتبطل العدة التي كانت فيها لأن المطلقة طلاقاً رجعياً حكمها حكم الزوجة في الإرث والنفقة والسكنى وهذا هو المشهور. وقال سحنون: عليها أقصى الأجلين. ورأى أن الطلاق أوجب عدة والموت أوجب أخرى فلا يبطل الموت ما تقدم بالطلاق.

خليل: وانظر لو كانت حاضت حيضة قبل الموت ثم لم تأتها حيضة في عدة الوفاة فهل تكتفي بتلك الحيضة وهو الظاهر من جهة المعنى أو لا؟ وهو ظاهر كلامهم.

وقوله: (**وَالْمَوْتُ يَنْقُلُ الرَّجْعِيَّةَ**) احترز به من المطلقة طلاقاً بائنا فإن الموت لا ينقلها.

وَلا يَنْقُلُ الْعِتْقُ إِلَى عِدَّةِ الْحُرَّةِ

يعني: إذا طلقها طلاقاً رجعياً ثم عتقت فإنها تتم عدة الأمة لأن العتق ليس بموجب للعدة، وحاصله أن الناقل ما أوجب عدة.

وَلِذَلِكَ لَوْ عُتِقَت ثُمَّ مَاتَ فَعِدَّةُ الْحُرَّةِ لِلْوَفَاةِ لأَنَّ الْمَوْتَ لَمَّا نَقَلَهَا صَادَفَهَا حُرَّةً، وَلَوْ مَاتَ ثُمَّ عُتِقَتْ فَعِدَّةُ أَمَةٍ ....

يعني: ولأجل ما قدمه من أن الموت ينقل وأن العتق لا ينقل كان الحكم فيمن طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم عتقت ثم مات عنها أن عليها عدة الحرة؛ لأن الموجب لعدة

الوفاة حصل في حال كونها حرة بخلاف ما إذا مات ثم عتقت لأن الموجب - وهو الموت - لما نقلها لم يصادف حرة فتستمر على عدة الأمة شهرين وخمس ليال.

ابن عبد السلام: وسواء تقدمت لها حيضة أم لا، غير أنه إن تقدمت اكتفت بها انتقلت إليه، وإن لم تتقدم لها حيضة فاسلك بها ما تقدم في عدة الأمة للوفاة إذا لم تر فيها دماً، وكذلك تفعل في التي تقدم عتقها على موت مطلقها.

وَلا تَنْتَقِلُ ذِمِّيَّةٌ تُسْلِمُ تَحْتَ ذِمِّيٍّ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَيَمُوتُ فِي عِدَّتِهَا

إنما لم تنتقل الذمية وإن كان الزوج أملك بها إذا أسلم لأنها في حكم البائن، وإنما كان أملك بها إذا أسلم تأليفاً على الإسلام لا لكونها رجعية، وأيضاً فالخطاب في عدة الوفاة إنما وقع للمسلمين بقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ ﴾. احترز بقوله: (**بَعْدَ الْبِنَاءِ**): مما لو مات عنها قبله فإنها لا عدة عليها.

وَيَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ بِحُصُولِ الْمِلْكِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ إِرْثٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ صَدَقَةٍ، أَوْ وَصِيَّةٍ، أَوْ فَسْخٍ، أَوْ إِقَالَةٍ، أَوْ غَنِيمَةٍ إِذَا لَمْ تُؤْمَنِ الْبَرَاءَةُ بِوَجْهٍ قَوِيٍّ اتِّفَاقاً كَذَاتِ السَّيِّدِ وَالْمَسْبِيَّةِ وَحْدَهَا أَوْ مَعَ زَوْجِهَا، وَإِنْ كَانَتْ لَمْ تَحِضْ أَوِ انْقَطَعَ حَيْضُهَا إِذَا كَانَتَا مِمَّنْ يَحْمِلْنَ عَادَةً كَبِنْتِ ثَلاثَ عَشْرَةَ، وخَمْسِينَ

أصل اشتقاق الاستبراء من التبري وهو التخلص، ثم استعمل لغة في الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض، وفي الشرع في الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب، وهو واجب كإيجاب العدة في الزوجات لما رواه أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال في سبي أوطاس: «**لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة**».

الأبهري: ويجب الاستبراء بأربعة شروط: **الأول**: الملك، **الثاني**: ألا تعلم براءة الرحم، **الثالث**: أن يكون وطء تلك الأمة مباحاً في المستقبل، **والرابع**: أن لا يكون الفرج محللاً له قبل الملك، واحترز بالأول مما لو تزوج أمة فإنه لا يجب عليه استبراؤها، وبالثاني مما لو علمت براءتها كما لو حاضت الأمة المودعة عنده ثم اشتراها، وبالثالث مما لو اشترى ذات زوج، وبالرابع مما لو اشترى زوجته، وقال غيره: إذا اجتمع نقل الملك مع عدم الحوز وجب الاستبراء، وإن انتفى الأمران أو أحدهما فلا استبراء، وكلام الأبهري أحسن لأن هذا الكلام يقتضي أن الإنسان إذا اشترى أمة متزوجة بالغير أن عليه الاستبراء وليس كذلك، وقال بحصول الملك ولم يقل كغيره ينقل الملك ليدخل في كلامه ما أخذه بالغنيمة من أيدي الكفار مما أخذوه من أموال المسلمين بالقهر فإنهم إنما لهم فيه شبهة الملك على المذهب، وقسم المصنف أنواع الملك بقوله: (**أَوْ غَيْرِهِ**... إلخ).

وقوله: (**أَوْ إِقَالَةٍ**)، يريد إلا أن يتقايلا قبل التفرق فإنه لا استبراء. نص عليه في المدونة، ويؤخذ هذا التقييد [٤٠٣/ ب] من كلام المصنف من قوله: (**إِذَا لَمْ تُؤْمَنِ**) لأنه إذا حصل التقايل قبل التفرق علمت البراءة.

وقوله: (**كذات السيد**) هو أيضاً من الأمثلة التي لا تعلم فيها البراءة لأنها إذا كانت ذات سيد ثم انتقلت إلى غيره فذلك الغير لم يعلم براءة رحمها لاحتمال أن يكون السيد قد وطئها.

وقوله: (**والمَسْبِيَّةِ**) ظاهر، وفيها جاء الحديث المتقدم.

وقوله: (**وإنْ كَانَتْ لَمْ تَحِضْ**..إلخ) (إن) للبالغة بمعنى (لو) أي يجب الاستبراء على كل من يمكن حملها سواء كانت ممن رأت دم الحيض أم لا، وجعل سن الصغيرة التي يمكن حملها ثلاثة عشر، وسن الكبيرة التي يمكن حملها خمسين، وتقدم في الطهارة فيمن سنها خمسون هل يحكم لما تراه من الدم بحكم الحيض أم لا؟ وكذلك اختلفوا هنا في العدد هل يحكم لها بحكم اليائسة أم لا؟

وَكَذَلِكَ لَوْ أَبْضَعَ فِيهَا فَاشْتُرِيَتْ فَحَاضَتْ فِي الطَّرِيقِ.

يعني: وكذلك يجب الاستبراء إذا أبضع في جارية، أي إذا أرسل دراهم مع شخص ليشتري له بها جارية فاشتراها، وظاهر كلامه أنه لا فرق في ذلك بين أن يأتي بها المبضع معه أو يرسلها مع غيره، وإنما ذكر في المدونة المسألة فيما إذا أرسلها مع غيره.

عياض: ووجب الاستبراء هنا لأنها قد خرجت من يد مشتريها المؤتمن عليها، ولهذا فارقت المودعة التي تخرج ولو كان مشتريها هو الذي أتى بها إليه كانت كمسألة المودعة، وقال أشهب: تجزئها حيضتها في الطريق ولو أرسلت مع وكيل، ولا استبراء عنده من سوء الظن، وعلى هذا فيقيد كلام المصنف بما إذا بعثها مع غيره، واستشكل قول ابن القاسم بوجهين: أحدهما: لو وجب الاستبراء بسوء الظن لزم ألا يطأ من إيمائه إلا من لا تتصرف، وأن لا يطأ في كل طهر إلا مرة، ثانيهما: أن ابن القاسم وافق في الأمة المودعة، وكذلك الأمة المرتهنة تفدى على أن لا استبراء فيهما، فكان يلزمه ألا يستبرئ في المسألة المذكورة لأن المبضع معه والرسول أمينان، وأجيب بأن المبضع معه بعثها مع غيره بغير

إذن ربها فأشبه الغاصب فليس استبراء سوء الظن، ولا تشبه أيضاً الوديعة للتعدي، وفيه نظر الوديعة.

فَإِنْ امنت قَطْعاً أَوْ بِوَجْهٍ قَوِيٍّ كَالاسْتِبْرَاءِ لَمْ يَجِبِ اتِّفَاقاً كَمَنْ لا تُطِيقُ الْوَطْءَ، وَكَمَنْ حَاضَتْ تَحْتَ يَدِهِ لِزَوْجَتِهِ أَوْ وَلَدٍ لَهُ صَغِيرٍ فَيَسْتَبْرِئُهَا مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ ولَمْ تَخْرُجْ، أَوْ لِشَرِيكِهِ، أَوْ بِوَدِيعَةٍ ولَمْ تَخْرُجْ، ولَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا وكَالْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ ولَمْ تَخْرُجْ عَنْ يَدِهِ

ظاهره أن فاعل (**امنت**) عائد على البراءة لأنه قسيم قوله: (**إذا لم تؤمن البراءة**) وصوابه على هذا أن يقول فإن حصلت البراءة أو اعتقدت بوجه قطعي أو بوجه ظني قوي، ويمكن أن يكون فاعل (**امنت**) ضميراً عائداً على المشتراة المفهومة من السياق، والأول أقرب إلى لفظه كما ذكرنا، والثاني أولى لسلامته مما أورد على الأول، والله أعلم.

قوله: (**كَالاسْتِبْرَاءِ**) مثال لما علمت فيه البراءة بوجه ظني.

وقوله: (**كَمَنْ لا تُطِيقُ الْوَطْءَ**) مثال لما علمت فيه البراءة قطعاً، واعترضه ابن عبد السلام بأن الكلام إنما هو فيمن يمكن وطؤها وفيه نظر، ونص المتيطي أن بنت ثمان سنين لا تطيق الوطء وعمل بذلك وثيقة، وإنما لم يجب الاستبراء هنا لأنه إنما وجب خشية وطء الحامل، وقد انتفى الحمل إما بالقطع وإما بالظن.

وقوله: (**كَمَنْ حَاضَتْ**) هذه أمثلة لما ظن فيها البراءة لأنها إذا حاضت تحت يده سواء كانت لزوجته أو لولده الصغير ثم اشتراها حصل الظن القوي ببراءة رحمها.

وقوله: (**مِنْ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ**) راجع إلى مسألة الولد.

وقوله: (**ولَمْ تَخْرُجْ**) أي وأما إن خرجت فإنه يجب عليها الاستبراء لسوء الظن، وهذا الشرط إنما هو على قول ابن القاسم وأما على قول أشهب فلا.

ابن عبد السلام: والظن في التي انتقلت إليه من ابنه أقوى منه في المنتقلة إليه من زوجته لأن نظره في الأولى أتم، ولهذا فصل أشهب في جارية زوجته على ما حكاه عنه محمد، فقال: إن كانت معه في دار هو الذاب عنها والناظر في أمرها أجزأه كانت تخرج أم لا تخرج، فظاهر هذا أن الزوج لو لم يكن هو الذاب عنها لكان لها حكم غير هذا.

وقوله: (**أَوْ لِشَرِيكِهِ**) أي اشترى نصيب شريكه وهي تحت يده.

وقوله: (**أَوْ بِوَدِيعَةٍ وَلَمْ تَخْرُجْ، وَلَمْ يَدْخُلْ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا**) لا خفاء في اشتراط عدم دخول سيدها، وأما اشتراط عدم خروجها فهو مبني على قول ابن القاسم لا على قول أشهب.

وقوله: (**أَوْ بِوَدِيعَةٍ**) معطوف على قوله: (**وَكَمَنْ حَاضَتْ تَحْتَ يَدِهِ لِزَوْجَتِهِ**) تقديره كمن حاضت تحت يده حالة كونها لزوجته أو بوديعة. وقول ابن عبد السلام أن قوله (**بِوَدِيعَةٍ**) معطوف على قوله (**بِوَجْهٍ قَوِيٍّ**)، أو على ما عطف عليه بوجه قوي ليس بظاهر؛ لأن الوديعة أحد أمثلة الوجه القوي.

وقوله: (**وَكَالْمَبِيعَةِ بِالْخِيَارِ**) أي إذا اشترى أمة على الخيار إما له أو للبائع أو لأجنبي، وقبضها المشتري وحاضت في أيام الخيار، ثم أمضى من له الخيار البيع فلا يحتاج إلى استبرائها، وهذا حكم المشتري [٤٠٤/ أ] وأما البائع ففي المدونة: ومن اشترى جارية بالخيار ثلاثة فتواضعاها أو كانت وخشاً فقبضها، فاختار من له الخيار ردها فلا استبراء على البائع؛ لأن البيع لم يتم فيها، قال: وإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب عليها المشتري وكان له الخيار خاصة فذلك أحسن؛ إذ لو وطئها المبتاع لكان بذلك مختاراً وإن كان منهياً عن ذلك، كما استحب استبراء التي غاب عليها الغاصب. عياض: وأحب في مسألة الغاصب محمولة على الوجوب. قال: ويبينه ما وقع في أول الكتاب من قوله: (**وعليه أن يستبرئها**). قالوا: وعلى الغاصب نفقتها ومنه ضمانها حتى تخرج. ونص في الجواهر على استحباب الاستبراء إذا غاب عليها المشتري على ظاهر المدونة. وقال

القاضي أبو الفرج: القياس إذا غاب عليها المشتري وجوب الاستبراء. واستحسنه اللخمي. انتهى. **خليل**: والأقرب حمل المدونة على الوجوب في مسألة الخيار ولاسيما إذا كان الخيار للمشتري.

فَإِنْ أَمِنَتْ بِوَجْهٍ قَوِيٍّ يَقْصُرُ عَنِ الاسْتِبْرَاءِ فَقَوْلانِ، وهُوَ مَرَاتِبُ

هذا الكلام يتم به تقسيمه الذي بَيَّنَ فيه من يجب في حقه الاستبراء ومن لا يجب، وجعل الأقسام ثلاثة، إما ألا تعلم البراءة ولا تظن أولاً، فالأول يجب فيه الاستبراء ودخل فيه من ظن شغل رحمها ومن شك. والثاني إما أن تعلم براءة الرحم أو تظن بوجه قوي كالاستبراء الحاصل عنده قبل حصول ملكه أو يظن دون ذلك. وذكر في القسم الثالث في وجوب الاستبراء قولين، وجعله مراتب ولم يجعله مسائل لوجهين؛ لأن المراتب تفاوت الوجوه التي يقوى بها الاستبراء ويضعف؛ لأن المرتبة الواحدة يدخل تحتها مسائل، والمشهور في جميع المراتب الوجوب إلا الأولى.

الأُولَى: الْحَاصِلَةُ فِي أَوَّلِ الْحَيْضِ بِشَرْطِ أَلا يَمْضِيَ مِقْدَارُ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاءٍ، فَالْمَشْهُورُ: لا يَجِبُ ....

تصور كلامه ظاهر، ومقابل المشهور حكاه ابن شعبان وفضل عن أشهب أنه لا بد من حيضة أخرى.

وقوله: (**بِشَرْطِ أَلا يَمْضِيَ مِقْدَارُ حَيْضَةِ اسْتِبْرَاءٍ**) هكذا فسر محمد ذلك، وهو أحسن من قوله في المدونة: ومن ابتاع أمة في أول الدم أجزأه من الاستبراء، وأما في آخره وقد بقي منه يوم أو يومان فلا؛ لأن قوله في أول الدم أعم من المقصود، فإنها إذا كانت عادتها اثني عشر يوماً أو نحوها واشتراها بعد أربعة أيام صدق عليها أنها في أول الدم مع أنها لا تستغني ببقية هذا الدم عن الاستبراء. لكن ما أشار إليه المصنف إنما يأتي على رأي

أبي بكر بن عبد الرحمن، وذلك أنه اختلف في معظم الحيضة فذهب أبو بكر بن عبدالرحمن إلى أنه يراعى أكثر الأيام، وحكى ابن القصار عن ابن مناس أن معظم الحيضة اليوم الأول والثاني؛ لأن الدم فيهما يكون أكثر اندفاعاً من باقي الحيضة وإن كثرت الأيام، والدم القوي وهو الذي يدفع ما في الرحم لا الرقيق.

الثَّانِيةُ: مَنْ تَحْتَ يَدِهِ إِذَا كَانَتْ تَخْرُجُ أَوْ مَنْ كَانَتْ لِغَائِبٍ أَوْ لِمَجْبُوبٍ أَوِ امْرَأَةٍ أَوْ صَبِيٍّ أَوْ مُكَاتَبَةٍ تَتَصَرَّفُ ثُمَّ عَجَزَتْ وَيُسَمَّى اسْتِبْرَاءَ سُوءِ الظَّنِّ. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَجِبُ. وقَالَ أَشْهَبُ: لا يَجِبُ

خاف ابن القاسم عليها الحمل من زنا أو اغتصاب فأوجب الاستبراء.

ابن راشد: وهو أقيس لفساد الزمان، ولم يعتبر أشهب هذا الاستبراء الذي أوجبه ابن القاسم لسوء الظن، لأن الدليل قام على الغاية في مملوكته التي تتصرف. وقد يجاب لابن القاسم أنه لو خوطب بالاستبراء في المملوكة لشق ذلك لتكرره بخلاف المشتراة، وألحق في الجواهر المشتراة من الصبي ونحوه المشتراة من محرم، وصرح بمشهورية قول ابن القاسم. وما ذكره المصنف من وجوب الاستبراء في المكاتبة هو نص قول ابن حبيب، وهو الذي نقله التونسي وابن شاس عن ابن القاسم، وهو ظاهر نقل المازري؛ لأنه قال: أثبت فيها ابن القاسم الاستبراء ونفاه أشهب. والذي في المدونة في أول كتاب الاستبراء: ومن كاتب أمته ثم عجزت أحببت له الاستبراء إلا التي في يده لا تخرج فالاستبراء عليها. وعلى هذا فيكون معنى أحببت أنه يجب عليه الاستبراء. وحمل أبو الحسن وابن عبد السلام المدونة على ظاهرها، وجعل كلام المصنف مخالفاً لها. وقد اختلفت ظواهر مسائل المدونة في رجوع المكاتب إلى يد ربه بسبب العجز، هل هو ملك مستأنف أم لا؟ وخلافهم في مسألة المكاتبة راجع إلى هذا المعنى.

خليل: وفيه نظر لأنه خلاف ما نقله التونسي وغيره عن ابن القاسم؛ ولأن علة ابن القاسم حاصلة في المكاتبة كغيرها.

وَالثَّالِثَةُ: كَالْمُطِيقَةِ وَالْيَائِسَةِ لا يَحْمِلانِ عَادَةً. وَفُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا تَقَدَّمَ لِلذَّرِيعَةِ وَلِعُسْرِ تَبَيُّنِهِ ....

قال في الجواهر: كبنت التسع والعشر فإنه يمكن وطؤها ولا تحمل في العادة، وكبنت الخمسين. والقول بوجوب الاستبراء رواه ابن القاسم عن مالك، والقياس هو الشاذ، وهو رواية ابن عبد الحكم وابن غانم؛ لأن الاستبراء معلل بخشية الحمل، والفرض أن العادة تنفيه لولا ما عارضه من التعليل الذي أشار إليه المصنف؛ لأنه لو قيل بذلك لتوسل إلى [٤٠٤/ ب] من يمكن الحمل منها، وأيضاً فإنه يعسر تمييز الزمان الذي يمكن فيه الحمل مما لم يمكن فيه، فلذلك أمر بالاستبراء في الجميع حسماً للذريعة.

وَالرَّابِعَةُ: كَالْوَخْشِ وَالْبِكْرِ

ذكر في الجواهر أن المشهور الوجوب فيهما، والقول بنفي الوجوب في الوخش حكاه المازري وغيره. والقول بنفي الوجوب في البكر للخمي، ورآه مستحباً على وجه الاحتياط.

ابن عبد السلام: واحتمال الحمل في الوخش أقوى منه في البكر، فكان ينبغي ألا يجمع بينهما في مرتبة واحدة، بل احتمال الحمل في الوخش أقوى منه في الصغيرة واليائسة المذكورتين في المرتبة الثالثة؛ والذي قاله ظاهر لا سيما إن كانت الوخش شابة.

وَالْخَامِسَةُ: كَالْمُشْتَرَاةِ مُتَزَوِّجَةً فَتُطَلَّقُ قَبْلَ الْبِنَاءِ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: تَحِلُّ مَكَانَهَا

يعني: إذا اشترى أمة ذات زوج ولم يبن بها، فبعد انعقاد البيع طلقها زوجها قبل أن يبني بها، فقال ابن القاسم: ليس للمشتري أن يطأها في تلك الحال، ولا بد له من الاستبراء؛ لأنها لو أتت بولد لستة أشهر فأكثر من يوم عقد النكاح عليها لحق بالزوج.

وقال سحنون: تحل للمشتري مكانها؛ إذ لا موجب عنده للاستبراء؛ لأن الفرض أنها غير مدخول بها. وقول ابن القاسم أظهر لما ذكرناه، ولأن الزوج إنما يباح له وطؤها بإخبار السيد لأنه لا طريق له غير ذلك بخلاف المشتري، فإنا لو أجزنا له الوطء لكان أيضاً معتمده إخبار السيد، والمشتري لا يجوز له الاعتماد على ذلك باتفاق.

وَيَجِبُ بِرُجُوعِهَا مِنْ غَصْبٍ أَوْ سَبْيٍ

القاعدة أنه متى حيزت الأمة على وجه استباحة وطئها وجب استبراؤها إذا غلب عليها غيبة يمكن فيها الوطء، ولا تصدق الأمة إن قالت لم يطأني كما لا تصدق الحرة في ذلك. عياض: قالوا وعلى الغاصب نفقتها ومنه ضمانها حتى تخرج، قالوا ويلزم هذا فيمن زنى بأمة رجل طائعة أو مكرهة؛ لأن طوعها لا يبطل حق سيدها.

وَيَجِبُ بِزَوَالِ الْمِلْكِ بِعِتْقٍ أَوْ مَوْتِ سَيِّدٍ أُمِّ الْوَلَدِ فِي غَيْرِ الْمُتَزَوِّجَةِ والْمُعْتَدَّةِ مِنْهُمَا ....

لما كان موجب الاستبراء ضربين؛ حصول الملك وزواله، وتكلم على الأول أتبعه بالثاني.

ابن هارون: يعني أن الأمة الموطوءة سواء كانت مستولدة أم لا إذا عتقها السيد أو مات سيد أم الولد فلا تتزوج كل واحدة منهما إلا بعد الاستبراء بحيضة، وإن عقد قبل الاستبراء فسخ قبل الدخول وبعده لوقوع العقد في حالة يحرم الاستمتاع فيها لحق الغير. ثم إن هذا الاستبراء إنما يحتاج إليه إذا لم يكونا متزوجتين أو معتدتين، فإن كانتا كذلك فلا استبراء؛ لأنهما إنما وجب استبراؤهما إذا لم يكونا معتدتين أو متزوجتين؛ لأنه لا مانع هناك للسيد من وطئهما، فاحتمل أن يكونا موطوءتين له بخلاف ما إذا كانتا متزوجتين أو معتدتين فإن هناك مانع له. وهذا معنى قوله في غير المتزوجة والمعتدة منهما، أي من الأمة وأم الولد.

وَلَوِ اسْتَبْرَأَهُمَا أَوِ انْقَضَتْ عِدَّتُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُمَا اسْتَأْنَفَتْ أُمُّ الْوَلَدِ دُونَهَا

يعني: إذا استبرأ السيد الأمة أو أم الولد أو انقضت عدتها من وفاة زوج كل منهما أو طلاقه، ثم أعتقها وأراد السيد أن يُزوجها، فإن الأمة تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم أو العدة المتقدمة بخلاف أم الولد فإنها لا تكتفي بذلك الاستبراء المتقدم أو العدة المتقدمة، وتحتاج بعد العتق إلى الاستبراء بحيضة؛ لأن أم الولد لما كان فيها عقد حرية كانت الحيضة في حقها كالعدة، فصارت بمنزلة الزوج يطلق امرأته بعد استبرائها بثلاث حيض فإنها لا تكتفي بذلك ولا بد لها من استئناف العدة؛ لأن أم الولد فراش لسيدها ولا يخرجها عن ذلك إلا تزويجها، وإذا زالت عصمة النكاح عادت إلى الفراش بخلاف الأمة فإنها وإن كانت رائعة ليست بفراش حتى يقر السيد بوطئها.

وَاسْتَأْنَفَا فِي الْمَوْتِ مَعاً، وَلَوْ كَانَ غَائِباً إِلا غَيبَةً عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ مِنْهَا

يعني: لو مات سيد أم الولد أو الأمة فإنها يستأنفان معاً حيضة؛ لأن الميت يحتاط له.

وقوله: (**وَلَوْ كَانَ غَائِباً**) مبالغة، وسواء كانت الأمة أقر السيد بوطئها أم لا.

ابن عبد السلام: ولو قيل في الأمة المتوفى عنها سيدها ولم يقر بوطئها لا تحتاج إلى استبراء كان السيد غائباً أو حاضراً ما كان بعيداً، ألا ترى أنها لو أتت بولد لم يلحق بسيدها، فلم يبق إلا الاستبراء من سوء الظن، وفيه ما قد علمت.

وقوله: (**إِلا غَيبَةً عُلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ مِنْهَا**) أي: ولا يمكنه أن يأتي خفية. وفي معنى الغيبة التي يعلم أنه لم يقدم منها ما إذا كان مسجوناً. وما ذكره صحيح في الأمة، وأما في أم الولد فمخالف لما في المدونة، ففيها: وإن مات السيد وهي في أول دم حيضتها أو غاب عنها فحاضت بعده كثيراً ثم مات عنها، فلا بد لها من استئناف حيضتها بعد موته لأنها عدته، وإنما يأتي كلام المصنف على ما قاله عبد الوهاب في معونته أن الحيضة في الدم استبراء محض وليس بعدة.

وَلَوْ مَاتَ فِي أَوَّلِ دَمِهِمَا لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ لأَنَّهُ لَهَا كَالْعِدَّةِ

[٤٠٥/ أ] يعني بخلاف الأمة فإنها تعتد به كما تقدم في الشراء. وما حكاه من عدم الاكتفاء في أم الولد هو المشهور، وفي الاستذكار عن القاضي إسماعيل أنها تكتفي بالحيضة التي مات وهي عليها، وهو جار على أن الحيضة في حق أم الولد استبراء محض.

وَيَجِبُ قَبْلَ تَزْوِيجِ الأَمَةِ، وَيُقْبَلُ قَوْلُ السَّيِّدِ

أي ويجب الاستبراء، وهذا مقيد بالموطوءة. وأما إن لم يطأها ففي المدونة: لا يحتاج فيها إلى استبراء. وقُبِلَ قول السيد في الاستبراء لأنه لا يعلم إلا من جهته.

وَلَوْ اشْتَرَاهَا مِنْ مُدَّعِي اسْتِبْرَاءٍ وَلَمْ يَطَأْهَا جَازَ لَهُ تَزْوِيجُهَا قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

يعني: إذا اشترى أمة وزعم بائعها أنه استبرأها قبل بيعها على ما هو الأولى له.

وقوله: (**وَلَمْ يَطَأْهَا**) يوهم أن له وطئها بدعوى البائع، وهو لا يجوز حتى يستبرئها.

وقوله: (**جَازَ لَهُ تَزْوِيجُهَا**) على المشهور؛ لأنه قد انتقل إلى المشتري حكم البائع.

ووجه الشاذ أن البائع كان له ذلك حيث كان له الوطء بخلاف المشتري، وهو قول سحنون. وقال ابن القاسم فيمن اشترى زوجته قبل البناء فأراد أن يزوجها: ليس له ذلك حتى يستبرئها؛ لأن بائعها لم يكن له أن يطأها. وقال سحنون: له أن يزوجها؛ لأن الوطء له جائز. وبالجملة فابن القاسم راعى حال البائع، وسحنون راعى حال المشتري.

وَيَجِبُ عَنِ الْوَطْءِ الْفَاسِدِ كَمَنْ وُطِئَتْ بِاشْتِبَاهٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَكَمَنْ وَطِئَ أُخْتَ أَمَةٍ وَطِأَهَا ثُمَّ حَرَّمَ الأُولَى ....

ابن راشد: ولا خلاف في هذا وتصور كلامه ظاهر.

وَفِي اسْتِبْرَاءِ الأَبِ أَمَةً لابْنِهِ فَوَطِأَهَا بَعْدَ أَنِ اسْتَبْرَأَهَا فَقُوِّمَتْ عَلَيْهِ قَوْلانِ

يعني: إذا وطئ الرجل جارية ولده فقومت عليه فإن لم يكن استبرأها قبل وطئها لم يطأها حتى يستبرئها، وإن كان قد عزلها عنده واستبرأها ثم وطأها، فالمشهور أنه لا يحتاج إلى استبراء. والمشهور ومقابله في المدونة، ففيها: **ابن القاسم**: ومن وطئ جارية ابنه فقومت عليه فليستبرئها إن لم يكن الأب قد عزلها عنده واستبرأها. وقال غيره: لا بد أن يستبرئها لفساد مائه وإن كانت مستبرأة عند الأب. وقول الغير ظاهرٌ لوجه ما ذكره من فساد الماء، وأجاب القابسي بمنع فساده لأن الأب إذا تلذذ بجارية ابنه حرمت على الابن ووجب على الأب قيمتها، ولم يكن للابن التمسك بها على المعروف. وهذه لما كانت مستبرأة عند الأب فبأول وضع اليد عليها وجلوسه بين فخذيها حرمت على الابن ووجبت على الأب القيمة، فصار وطؤه في مملوكة له بعد الاستبراء. وأشار التونسي إلى أن قول الغير مبني على قول ابن عبد الحكم أن الأب لا يضمن قيمتها بوطئها بل يكون للابن أن يتماسك بها في عسر الأب ويسره. وحكاية المصنف القولين تدل على أن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم وهي طريقة الأكثر، وذلك أن الأكثر فهموا أن قول ابن القاسم إن لم يكن الأب عزلها عنده واستبرأها، أنه لو كان استبرأها قبل الوطء لا يحتاج إلى استبراء بعده. وخالفهم ابن اللباد وابن الشقاق وفهما قوله: (إن لم يكن عزلها عنده واستبرأها) على أن المراد بعد وطئه. وصحح هذا ابن مرزوق، وخالفه تلميذه ابن رشد، وصحح مذهب الأكثرين، واحتج لابن القاسم بما احتج به القابسي. واختار عياض قول ابن اللباد بدليل قول ابن القاسم في آخر المسألة لأنه وطء فاسد.

وَالاسْتِبْرَاءُ لِلْمُرْتَابَةِ قُرْءٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ حَيْضَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ

لقوله عليه الصلاة والسلام: **«ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض»** ومقابل المشهور أنه طهر كالعدة، ولم أره منصوصاً، وإنما خرجه المازري على قول أشهب أن المشتراة في أول دمها لا تكتفي بذلك.

وَالْمُرْتَابَةُ بِتَأْخِيرِ حَيْضِهَا، قِيلَ: تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ. وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: ثَلاثَةً ويَنْظُرُهَا النِّسَاءُ، فَإِنِ ارْتَبْنَ فَتِسْعَةً. وكَانَ يَقُولُ: تَحِيضُ كُلَّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ انْتَظَرَتْهَا ....

يعني: أنه اختلف في استبراء الأمة المرتابة، والقول بأنها تتربص تسعة أشهر لمالك في المدونة ورواية ابن وهب، والقول الذي نقله المصنف عن ابن القاسم بقوله: ثلاثة وينظرها النساء؛ هو له في العتبية، ورواه ابن القاسم وابن غانم في المدونة.

ابن القاسم: وإن ارتفعت الريبة قبل التسعة حلت. وسئل ابن مناس: ما فائدة التسعة على هذا القول وهي إن زالت ريبتها قبلها حلت، وإن لم تزل بعد التسعة زادت؟ فأجاب بأن قال: فائدة ذلك إذا لم تزد تلك الريبة بها الحاصلة بالثلاثة وبقيت على حالها، نعم إن زادت بالحس والتحريك زادت على التسعة. وفصل ابن القاسم بين من تكون عادتها بتأخير حيضتها، كما إذا كانت تأتيها الحيضة في ستة أشهر أو سبعة أو نحو ذلك، وبين من يتأخر حيضها أكثر من تسعة أشهر كما إذا كانت تحيض كل سنة، فالأولى تنتظر الحيضة، والثانية تبرأ بثلاثة [٤٠٥/ ب] أشهر، وقول المصنف وكان يقول: إن كانت تحيض كل ستة أشهر ليس هو على معنى الاشتراط، والمعنى إن كانت عادتها تحيض فيما دون تسعة أشهر، ولكن ذكر المصنف الستة تبعاً للرواية، وهذه الرواية رواها يحيى عنه.

خليل: وانظر على هذا القول إذا كانت عادتها ستة أشهر فانتظرتها ولم تأتها الحيضة فيها، هل تحل بانتفائها كما تقدم في عدة الحرة إذا كانت عادتها أن تحيض كل سنة أو ترجع إلى تسعة أشهر غالب أمر الحمل.

وَالْمُرْضِعُ وَالْمَرِيضَةُ كَذَلِكَ

أي: مثل المرتابة، وظاهر تشبيهه في الخلاف المتقدم، ويحتمل في الاستبراء بثلاثة أشهر، وينظرها النساء فإن ارتبن فتسعة وهو أقرب؛ لأنه الذي رأيته منصوصاً؛ ولأن قوله إثر هذا والمستولدة كذلك.

وقيل: (تسعة) يقتضي أنه لم يرد التشبيه في الجميع وإلا لاستغنى عن قوله: وقيل (تسعة). لكن في كلامه على هذا نظر، فإنه ليس في كلامه ما يدل على أنه أراد بالتشبيه ذلك.

وَالْمُسْتَوْلَدَةُ كَذَلِكَ، وقِيلَ: تِسْعَةٌ

المستولدة هي أم الولد، وتصور القولين بين.

وَالْمُسْتَحَاضَةُ: الْمَشْهُورُ: ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ إلا أَنْ تَشُكَّ فَتِسْعَةٌ، أَوْ تَرَى مَا تُوقِنُ هِيَ وَالنِّسَاءُ أَنَّهُ حَيْضٌ ....

مقابل المشهور أنه تتربص تسعة ولو ميزت.

وَالصَّغِيرَةُ وَالْيَائِسَةُ: ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ

أي: بشرط أن يمكن وطء الصغيرة، ففي البيان: أمَّا التي لا يوطأ مثلها فلا خلاف أنها لا استبراء عليها، وإنما الخلاف في الصغيرة التي يوطأ مثلها ويؤمن الحمل منها، فذهب مالك وعامة أصحابه إلى وجوب الاستبراء فيها والمواضعة إن كانت من ذوات الأثمان بثلاثة أشهر؛ لأن الحمل لا يتبين في أقل منها. وقيل: شهران. وقيل: شهر ونصف. وقيل: شهر. وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنها لا يجب فيها استبراء ولا مواضعة. ونقل بعضهم القول بالشهرين والشهر والنصف في اليائسة أيضاً بعض الموثقين، وكذلك أيضاً يلزم من قال أن استبراء الصغيرة شهران يقول بذلك في اليائسة.

وَالْحَامِلُ: بِوَضْعِ حَمْلِهَا

أي: واستبراء الحامل، وهو ظاهر.

وَالْمُرْتَابَةُ بِحَسِّ الْبَطْنِ أَقْصَى أَمَدِ الْوَضْعِ

يعني على الخلاف المتقدم.

وَيَحْرُمُ فِي زَمَنِ الاسْتِبْرَاءِ جَمِيعُ الاسْتِمْتَاعِ. ابْنُ حَبِيبٍ: لا يَحْرُمُ مِنَ الْحَامِلِ مِنْ زِنًى والْمَسْبِيَّةِ إِلا الْوَطْءُ ....

ابن عبد السلام: والأول هو المعروف في المذهب. وقال ابن حبيب: أما المسبية تقع في سهمه أو يبتاعها في المقاسم فله أن يلتذ منها بالقبلة والمباشرة والتجريد وغيره ما عدا الوطء لئلا يسقي ماءه ولد غيره، وهذه قد تم ملكه فيها، وبيع المقاسم بيع في براءة وإن ظهر بها حمل لم ترد به. **أبو محمد:** وهذا الذي ذكر ابن حبيب أنه تدخل البراءة من الحمل في بيع السلطان ليس بقول مالك إلا أن يعني في الوخش. وقد قال ابن المواز: بيع الرائعة بالبراءة مطلق جائز ولا يدخل في ذلك الحمل، وإن تبرأ منه فسد البيع. ونقل المازري وصاحب الجواهر عن ابن حبيب في الحامل من زنى مثل ما نقله المصنف وكذلك ابن راشد. وقال ابن عبد السلام: ما ذكره المؤلف عن ابن حبيب في الزنا لا أحفظه عنه، لكن قال سحنون فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمل ظاهر أنه لا بأس أن ينال منها ما ينال من الحائض إذا كان من غير السيد، وكذلك إن قال بعد البيع أنا أرضى بحمل إن كان بها ولم يكن البائع يطأ. **ابن يونس:** ولعله ترخص في هذا للشيخ؛ لأنه يملك نفسه كما أرخص له النبي صلى الله عليه وسلم في القبلة في الصوم، وأما الشاب فلا.

التَّدَاخُلُ : وَإِذَا طَرَأَ مُوجِبٌ قَبْلَ تَمَامِ عِدَّةٍ أَوِ اسْتِبْرَاءٍ فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ مُتَّحِداً بِفِعْلٍ سَائِغٍ انْهَدَمَتِ الأُولَى واسْتَأْنَفَتْ مَا هِيَ مِنْ أَهْلِهِ مِنْ أَقْرَاءٍ أَوْ شُهُورٍ أَوْ حَمْلٍ كَالْمُرْتَجِعِ ثُمَّ يُطَلِّقُ أَوْ يَمُوتُ - مَسَّ أَوْ لَمْ يَمَسَّ - إِلا أَنْ يُفْهَمَ ضَرَرٌ بِالتَّطْوِيلِ فَتَبْنِي الْمُطَلَّقَةُ مَا لَمْ تُمَسَّ كَمَا تَبْنِي إِذَا لَمْ تُرْتَجَعْ مُطْلَقاً ....

يعني: إذا كانت في عدة أو استبراء ثم تجدد قبل تمام ما هي فيه موجب آخر، فإما أن يكون الموجبان من رجل واحد أو رجلين، وإذا كانا من رجل فإما أن يكونا بفعل سائغ - أي جائز - أم لا. وذكر المصنف أنه إذا كان الرجل واحداً بفعل سائغ فإن العدة الأولى

تنهدم وتستغني بالثانية عنها، سواء كانت الثانية من نوع الأولى أو من نوع آخر، وهو مراده بقوله: (**مِنْ أَقْرَاءٍ أَوْ شُهُورٍ أَوْ حَمْلٍ**). ومثل ذلك بالمرتجع ثم يطلق، يعني إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها ثم طلقها أو مات عنها قبل انقضاء العدة، ولا فرق في ذلك بين أن يمسها بعد ارتجاعه أم لا، ففي الموطأ: والسنة عندنا أن الرجل إذا طلق امرأته وله عليها رجعة فارتجعها ثم فارقها قبل أن يمسها فلا تبني على ما مضى من عدتها، وإنما تستأنف من يوم طلقها عدة مستأنفة. وقد ظلم زوجها نفسه وأخطأ إن كان ارتجعها ولا حاجة له بها، يعني لأن الرجعة تهدم العدة فإن الزوجية تنافي العدة. [٤٠٦/ أ]

وقوله: (**إِلا أَنْ يُفْهَمَ ضَرَرٌ بِالتَّطْوِيلِ**) هذا الكلام لابن القصار، وقيد به الطلاق مالك المتقدم، وهو ظاهر؛ لأنه إذا قصد بهذا الارتجاع التطويل عليها في العدة فيعاقب بنقيض مقصوده، وتبني على العدة الأولى بشرط ألا يكون مسها في الارتجاع.

وقوله: (**كَمَا تَبْنِي إِذَا لَمْ تُرْتَجَعْ مُطْلَقاً**) يعني إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم أتبعها في العدة طلقة أخرى فإنها تبني على العدة من الطلقة الأولى مطلقاً، سواء تخلل الطلاقين حيض أم لا، وهو أحد قولي الشافعي، فنبه المصنف بالإطلاق على مخالفته في أحد قوليه. وفي بعض النسخ: (إذا لم ترتجع مطلقاً) وهي واضحة.

وَكَالْمُتَزَوِّجِ زَوْجَتَهُ الْبَائِنَ ثُمَّ يُطَلِّقُ بَعْدَ الْبِنَاءِ أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَإِنَّهَا تَسْتَأْنِفُ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ: إِنْ مَاتَ قَبْلَهُ فَأَقْصَى الأَجَلَيْنِ وَضُعِّفَ، أَمَّا لَوْ طَلَّقَ قَبْلَ الْبِنَاءِ لَمْ تَنْهَدِمْ ....

هذا معطوف على قوله: (**كَالْمُرْتَجِعِ**) يعني إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً ثم تزوجها وطلقها أو مات عنها فإنها تستأنف، ولا فرق في الموت بين أن يموت عنها قبل البناء أو بعده، بخلاف الطلاق فإنه إن طلقها بعد البناء استأنفت؛ لأن وطئه هادم للعدة. وإن طلقها قبل البناء بانت؛ لأن المطلقة طلاقاً بائناً في حكم الأجنبية. وإلى مساواة حالها في

الموت أشار بقوله: **(أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ)** وإلى الفرق في الطلاق أشار بقوله: **(ثم يطلقها بعد البناء)**. ثم صرح بما أفهمه الكلام آخراً فقال: أما لو طلق قبل البناء لم تنهدم. وروى محمد: إن مات قبله فأقصى الأجلين؛ أي: وعليها الإحداد في الأربعة أشهر وعشر. هكذا قال في الرواية. والمراد بالأجلين الثلاثة قروء والأربعة أشهر وعشر، ومعنى أقصى الأجلين؛ أي: أبعدهما، فإن انتهت الأقراء أولاً انتظرت الأشهر، وإن انقضت الأشهر انتظرت تمام الأقراء.

تنبيه:

وقع في نسخ عديدة: وروى محمد بن مسلمة، وكذلك هو في نسخة ابن راشد. وفي نسخة ابن عبد السلام: **(وَرَوَى مُحَمَّدٌ)** فقط وفسره بابن المواز. وكذلك هو في ابن يونس فليعتمد عليه هنا، على أنه لا يلزم من أن ابن المواز رواه ألا يكون محمد بن مسلمة رواه. واعترض أبو عمران ما رواه محمد فقال: إما أن يجعلها تمضي على عدة الطلاق، أو يجعل النكاح قد هدم عدةَ الخلع فتعتد عدة الوفاة فقط. قال: ويلزمه على هذا أن الحامل إذا خالعها زوجها ثم تزوجها وتوفي عنها قبل الدخول أن يوجب عليها أقصى الأجلين. وأجاب ابن يونس بما حاصله أن عدة الخلع لما خالفت عدة الوفاة في الجنس لزم ألا تدخل إحداهما في الأخرى، بخلاف الحامل فإن عدتها في الخلع والوفاة وضع حملها، فلم يكن اعتبار أقصى الأجلين.

وَمَا سِوَاهُ فَأَقْصَى الأَجَلَيْنِ كَالْمُعْتَدَّةِ الْبَائِنِ يَطَاهَا الْمُطَلِّقُ أَوْ غَيْرُهُ وَطْئاً فَاسِداً بِزِنًى أَوِ اشْتِبَاهٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ....

حقيقة أقصى الأجلين إذا كان كل من الأجلين يمكن أن يكون أبعد كالأقصى فيما تقدم، ويطلق مجازاً على معنى آخر وهو المذكور هنا، ومعناه أن المرأة إذا طلقت طلاقاً

بائناً ثم وطئها مطلقها أو غيره وطئاً فاسداً إما بزنى أو اشتباه، أو تزوجها المطلق أو غيره تزويجاً فاسداً.

والفساد في حق غير المطلق ظاهر لأنه نكاح في عدة الغير، وأما المطلق فلا يكون بسبب العدة وإنما يفسد لغير ذلك من وجوه الفساد. ومعنى أقصى الأجلين أنه يبتدئ من حين الوطء الثاني ثلاث حيض.

وقوله: (**كَالْمُعْتَدَّةِ الْبَائِنِ يَطَأَهَا الْمُطَلِّقُ**) يريد وكذلك الرجعية إذا وطأها بغير نية ارتجاع على المشهور فإنها تستبرئ بثلاث حيض، وكأن المصنف إنما خص المعتدة البائن للاتفاق عليها.

وَكَالْمُعْتَدَّةِ فِي وَفَاةٍ أَوْ طَلاقٍ تَتَزَوَّجُ ويُدْخَلُ بِهَا. وقَالَ ابْنُ الْجَلابِ: تُتِمُّ ثُمَّ تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً أُخْرَى. وهُوَ فِي الْمُوَطَّأِ عَنْ عُمَرَ

يعني: وممن هي مخاطبة بأقصى الأجلين على المشهور المعتدة، سواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة إذا تزوجت ودخل بها في العدة وفسخ النكاح، وأقصى الأجلين في حق المطلقة مجاز كما ذكرنا بخلافه في المتوفى عنها.

وقوله: (**وقَالَ ابْنُ الْجَلابِ**) أحسن منه: وفي الجلاب؛ لأن ابن الجلاب لم يقله وإنما نقل في المسألتين روايتين، إحداهما ما شهره المصنف، والثانية أنها تتم بقية العدة الأولى ثم تعتد بعد ذلك للزوج الثاني عدة أخرى. ثم كلامه يوهم أن ابن الجلاب ذكر ذلك في مسألة الموت والطلاق، وإنما ذكره في مسألة الطلاق.

وَكَالْمُسْتَبْرَأَةِ مِنْ وَطْءٍ فَاسِدٍ يُطَلِّقُهَا الزَّوْجُ أَوْ يَمُوتُ

يعني: وكذلك يجب أقصى الأجلين على من وجب استبراؤها من الزوجات لأجل وطء فاسد بزنى أو اشتباه ثم طلقها الزوج أو مات عنها.

وَوَضْعُ الْحَمْلِ اللاحِقِ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ يَهْدِمُ غَيْرَهُ

مثاله: إذا تزوجت المعتدة لغير [٤٠٦/ ب] مطلقها أو غصبت أو زنت أو وطئت باشتباه ثم أتت بولد وألحق بالأول، وهو معنى قوله: (**بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ**) فإن ذلك الوضع (**يَهْدِمُ غَيْرَهُ**) أي: الاستبراء من الوطء الثاني؛ لأنه إنما كان خشية الحمل وهو مأمون هنا، ولا خلاف في هذا؛ قاله عياض وغيره.

وَوَضْعُهُ مِنَ الْفَاسِدِ يَهْدِمُ أَثَرَ الْفَاسِدِ، ولا يَهْدِمُ فِي الْمُعْتَدَّةِ لِلْوَفَاةِ اتِّفَاقاً؛ فَعَلَيْهَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ، وفِي الْمُعْتَدَّةِ لِلطَّلاقِ قَوْلانِ. وَعَلَى أَلا يَهْدِمَ فَقِيلَ: أَقْصَى الأَجَلَيْنِ. وَقِيلَ: تَأْتَنِفُ بَعْدَهُ عِدَّةً ....

يعني: وإن ألحق بالنكاح في العدة فإن كان وطأها بعد حيضة فإن ذلك الوضع يبرئها من الاستبراء، وهو معنى قوله: (**أَثَرَ الْفَاسِدِ**) ثم هل يهدم هذا الوضع أثر العدة؟

لا يخلو إما أن تكون العدة الأولى من وفاة أو طلاق، فإن كانت من وفاة فقال المصنف وغيره: لا يهدمها هذا الوضع بالاتفاق. وحكى بعضهم فيها خلافاً كالمعتدة من الطلاق. وهذه الطريقة أولى لأن المثبت أولى ممن حكى الخلاف.

أبو محمد: عن أشهب فإنه حكى عنه في المنعي لها زوجها أن الوضع من الآخر يبرئها منهما، قال: وهو خلاف قولهم كلهم. فإن قلت: كيف يصح قوله: (**ولا يَهْدِمُ فِي العدة لِلْوَفَاةِ**) ولا يمكن أن يكون أقصى الأجلين إلا الحمل، فإن الفرض أن الحمل محكوم له بأنه من الثاني، ولا يحكم به أنه من الثاني إلا بعد كونه آتياً بعد ستة أشهر، وعلى هذا فيكون الحمل هو أقصى الأجلين، ويصح قوله أن: (**وَضْعُهُ مِنَ الْفَاسِدِ ... لا يَهْدِمُ فِي الْمُعْتَدَّةِ لِلْوَفَاةِ**) فالجواب أنه يتصور في المنعي لها زوجها إذا اعتدت وتزوجت وحملت من الثاني ثم ثبت أنه لم يمت أولاً وإنما مات الآن، وفسخ نكاح الثاني لأنه نكح ذات

زوج، فإن وضعت قبل تمام أربعة أشهر وعشر من يوم موت الزوج الأول لم تحل حتى تنقضي الأربعة أشهر وعشر، وإن انقضت الأربعة أشهر وعشر قبل وضع الحمل بأن تبين موت الأول وهي في أول الحمل لم تحل حتى تضع حملها، والله أعلم.

وقوله: (**وفِي الْمُعْتَدَّةِ من الطَّلاقِ قَوْلانِ**) يعني: وهل يهدم الحمل اللاحق بالنكاح الفاسد عدة الطلاق؟ قولان. والقول بالهدم مذهب المدونة عند غير واحد من الشيوخ؛ لأن فيها: وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعاً؛ فظاهره وإن كان من الآخر. وصرح بعضهم بذلك في اختصاره للمدونة، وهو قول ابن القاسم في مختصر ابن أبي زيد، ورواية أشهب في الموازية وضعفه محمد.

والقول بأنه لا يبرئها ولا بد لها من ثلاث حيض لأصبغ، والأول أظهر لأن العدة شرعت لبراءة الرحم، ومع الوضع تتحقق البراءة. ورأى أصبغ أن عدة الطلاق أيضاً فيها ضرب من التعبد، ولولا ذلك لاقتصر على قرء واحد. وعلى الأول إنما تبرأ بالحمل إذا كان بشبهة، وأما إذا كان بزنى صراح فإنه لا يبرئها ذلك من عدة وجبت عليها. وقاله ابن القاسم، لكن اعترضه أبو إسحاق وقال: لا ينبغي أن يفرق في ذلك إذ القصد براءة الرحم.

وقوله: (**وَعَلَى ألا يَهْدِمَ**... إلخ) يعني: وإذا فرعنا على القول بعدم الهدم فعليها أقصى الأجلين، أي لا تكتفي بالحمل وتنتظر بقية الأقراء. وهذا من المواضع التي أطلق فيها المصنف الأقصى بالمجاز، وهذا القول هو المعروف، والقول بأنها تستأنف ثلاث حيض نقله صاحب النوادر، لكن قال عبد الحق: لا يصح ما نقله أنها تستأنف ثلاث حيض، ولفظه في الأمهات: لم يكن لها بد من بقية الثلاث.

ابن يونس: وهذه العبارة هي الصواب لأن الحمل لا يكون من الآخر إلا أن يتزوجها بعد حيضة وتضعه بعد ستة أشهر فأكثر، فقد مضت لها حيضة فتتم بقية الثلاث حيض. وفي التنبيهات ما وقع من نقل بعضهم أنها تستأنف ثلاث حيض بعد الوضع فإنما معناه أنها لم

تحض قبلُ. قيل: ولا يقول أحد أن الوضع يهدم ما مضى من عدتها، فإن قلت هذا ليس بظاهر لأنه إنما يلحق بالثاني بعد الحيضة. قيل: يحتمل أن يكون ذلك قبلها ويكون الأول نفاه، فإنه حينئذ يلحق بالثاني كما قال المصنف في المسألة التي تليها.

ابن عبد السلام: القول باستئناف الثلاث ذكره محمد واختاره، وظاهره أن النفاس في هذه الصورة لا يقوم مقام حيضة، وقال بعضهم بل يقوم مقامها، وهو الأظهر عندي. انتهى.

وَمَهْمَا أَتَتْ غَيْرُ الْمَزْنِيِّ بِهَا بِوَلَدٍ يَحْتَمِلُهُمَا، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ حَيْضَةٍ لَحِقَ بِالثَّانِي إِلا أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللِّعَانِ فَيَلْحَقُ بِالأَوَّلِ. وَلا تُلاعِنُ هِيَ لأَنَّهُ نَفَاهُ إِلَى فِرَاشٍ، فَإِنْ نَفَاهُ تَلاعَنَا، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حَيْضَةٍ فَالأَمْرُ بِالْعَكْسِ ....

جرت عادة غير المصنف بفرض هذه المسألة في النكاح في العدة، وأتى المصنف بعبارة شاملة لها ولغيرها، فإن قوله: (**غَيْرُ الْمَزْنِيِّ بِهَا**) يدخل فيه النكاح في العدة والموطوءة باشتباه، ولا يقال: يدخل في كلامه الأمة المشتركة إذا وطئها الشريكان كما أشار إليه ابن عبد السلام؛ لأن قوله بعد: (**هَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ**) يردّه. وأخرج بقوله (**غَيْرُ الْمَزْنِيِّ بِهَا**) الزانيةَ والمغتصبة، ومعناه: إذا تزوجت المعتدة ثم أتت [٤٠٧/ أ] بولد لما يحتمل أن يكون لكل واحد من الواطئين بأن تأتي به لستة أشهر فأكثر من وطء الثاني. فإن كان وطء الثاني لها بعد حيضة لحق الولد بالثاني؛ لأن الحيضة تدل على براءة رحمها من الأول، وهذا مذهب المدونة وهو المشهور. وروى المدنيون عن مالك: يلحق بالأول ولو وطأها الثاني بعد حيضة أو حيضتين لصحة ماء الأول وفساد وطء الثاني.

وقوله: (**إِلا أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللِّعَانِ فَيَلْحَقُ بِالأَوَّلِ**) تصوره ظاهر ولا تلاعن هي لأنه لم يرمها بزنى، وإنما نفاه إلى فراش، فإن نفاه الأول أيضاً التعنت حينئذ؛ لأنه لم يبق من يلحق به هذا الولد. وهذا معنى قوله: (**فَإِنْ نَفَاهُ تَلاعَنَا**).

قوله: (**فَإِنْ كَانَ قَبْلَ حَيْضَةٍ فَالأَمْرُ بِالْعَكْسِ**) أي فيلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان فينتفي عنه ويلحق بالثاني، ولا تلاعن هي إلا أن ينفيه الثاني أيضاً فحينئذ تلاعن. وعلى ما رواه المدنيون إذا نفاه الأول تلاعن لأنه لا يلحق بالثاني، وإذا ألحق بالأول فإنها تحرم على الثاني لكونه وطأها في العدة. قاله في المدونة.

تنبيهان:

الأول: قد تقدم أن قول (**غَيْرُ الْمَزْنِيِّ بِهَا**) يشمل المعتدة والموطوءة باشتباه، ولم أَرَ هذا الحكم في المشتبهة. الثاني: احترز المصنف بقوله: (**يَحْتَمِلُهُمَا**) مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني، فإنه لا يلحق بالثاني أصلاً ويلحق بالأول إلا أن ينفيه بلعان.

ابن القاسم: وفي معنى الستة ما إذا كان الشهر السادس تسعةً وعشرين ولا يلحق في أنقص من ذلك. وقال ابن دينار: يلحق به وإن نقص ليلتين أو ثلاثاً قدر ما بين الأهلة.

عياض: وقد وقعت قديماً بفاس مسألة في امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوماً هل يلحق به أم لا؟ واختلف فيها فقهاء بلدنا أيضاً، والصواب ألا يلحق به؛ إذ لا يصح توالي ستة أشهر نُقص، وبه أفتى أحمد ابن القاضي ومحمد بن العجوز وغيرهما، وخالفهما أبو علي السبتي.

ثُمَّ مَنِ اسْتَلْحَقَهُ لَحِقَ بِهِ وَيُحَدُّ إِنْ كَانَ الْمُسْتَلْحِقُ الْمُلاعِنَ الثَّانِيَ. وَقِيلَ: الْمُسْتَلْحِقُ مِنْهُمَا يُحَدُّ ....

لا خفاء فيما ذكره أن من استلحقه منهما يلحق به كما في سائر مسائل اللعان.

ابن المواز: فإذا استلحقه أحدهما فلا دعوى للثاني فيه، ولو ادَّعاه الأول قبل لعان الثاني لم يقبل منه؛ لأنه ابن الثاني، ولو استلحقه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق به وتحرم على الثاني للأبد، سواء التعن أم لا؛ لأنه ناكح في عدة.

سحنون: ولا تحرم على الأول - وإن التعن - لأنه لم تلاعنه كالتي تغتصب فينفي الزوج حملها، أنه يلاعن ولا تحرم عليه. وقال أصبغ: إن تلاعنا جميعاً حرمت على الأول والثاني. وقال عبد الحميد، وابن عبد السلام: إذا استلحقاه فإنه يكون لمن يقتضي الحكم إلحاقه به لو لم يكن لعانٌ، فإن كان بعد حيضة لحق بالثاني، وإن كان قبلها فبالأول.

ابن عبد السلام: هكذا نصوا. وينبغي أن يحمل على ما إذا استلحقاه في زمان واحد، وأما إن تقدم أحدهما فيلحق بالمستلحق الأول، فانظره مع كلام ابن المواز.

وقوله: (**وَيُحَدُّ**... إلخ) يعني: ويحد المستلحق إن كان هو الملاعن الثاني لأنه هو الذي نفاه إلى غير فراش، وأما إن استلحقه الملاعن الأول فإنه لا حد عليه لأنه إنما نفاه لفراش. وهذا قول محمد.

وقوله: وقيل: (**الْمُسْتَلْحِقُ مِنْهُمَا يُحَدُّ**) أي: سواء كان الأول أو الثاني. وهو قول أصبغ واستصوبه التونسي، قال: لأن لعانها لهما.

هَذَا حُكْمُ النِّكَاحِ، وَأَمَّا الْقَافَةُ فَفِي الأَمَةِ يَطَأَهَا السَّيِّدَانِ فِي طُهْرٍ

يعني: أن الحكم الذي ذكره خاص بالنكاح، وليس في الحرائر قافة وإنما القافة في الإماء، وهذا هو المشهور. وروي عن مالك أنه يعمل به في الحرائر أيضاً، واختاره اللخمي وغيره. والقافة جمع قائف.

أبو عمران: وإنما اختصت القافة بالإماء على المشهور لأن الأمة قد تكون بين جماعة فيطأونها في طهر واحد، فقد تساووا في الملك والوطء. وكذلك ما حكم به عمر رضي الله عنه في وطء الزنا في الجاهلية لتساوي الوطء، وليس أحدهما أقوى من الآخر. وكذلك الأمة إذا ابتاعها رجل وقد وطأها البائع ووطأها المبتاع في ذلك الطهر؛ لأنهما استويا في ذلك الملك، وأما الحرة فإنها لا تكون زوجاً لرجلين في حالة واحدة، فلا يصح فيها

فراشان متساويان. وأيضاً ولد الحرة لا ينتفي إلا بلعان، وولد الأمة ينتفي بغيره. والنفي بالقافة إنما هو ضرب من الاجتهاد، فلا ينقل ولد الحرة من اليقين إلى الاجتهاد، ثم من ألحقته القافة لحق به، فإن قالت: هو منهما. فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أن الاشتراك في الماء لا يصح، ويصير إلى أن يبلغ فيوالي من شاء منهما. وسيأتي من كلام المصنف آخر أمهات الأولاد في هذه المسألة أربعة أقوال.

فرع:

فإن قالت القافة: ليس هو لواحد منهما. قال أصبغ: تغير عليه القافة، فإن استوى كلامهم وهما مقران بالوطء وإلا أيهما [٤٠٧/ ب] شاء. وقال سحنون: يُدعى له آخرون ثم آخرون، هكذا أبداً حتى يلحقه بعضهم بأحدهما؛ لأن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفي.

وهل يُجتزأ بقائف واحد، وهو الذي رواه ابن حبيب عن مالك، وشرط في الرواية أن يكون عدلاً، أو لا يجتزأ إلا باثنين، وهو الذي رواه ابن نافع عن مالك بناء على إلحاقه بباب الخبر أو بباب الشهادة؟ **بعض الشيوخ**: والقياس أن يحكم بقائف واحد وإن لم يكن عدلاً؛ لأنه علم يؤديه وليس من طريق الشهادة، كما يقبل قول النصراني الطبيب فيما يحتاج إلى معرفته من ناحية الطب. زاد التونسي: وكذلك اختلف في الترجمان والناظر في العيوب هل يُجتزأ بواحد أو لا بد من اثنين؟

وَالْمُشْتَرَاةُ فِي الْعِدَّةِ عَلَيْهَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ مِنْ حِينِ الشِّرَاءِ

يعني: سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق، أما المعتدة في الوفاة ففي المدونة: إن حاضت قبل شهرين وخمس ليال لم يطأها حتى تنقضي عدتها، وإن تمت عدتها ولم تحض فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهر وحست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم الشراء، وأما المطلقة فأشار إليها بقوله:

فَلِذَلِكَ لَوْ كَانَتْ مُطَلَّقَةً فَتَأَخَّرَ حَيْضُهَا اعْتَبَرَتْ ثَلاثَةَ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ شَرَائِهَا، وإِنْ زَادَتْ عَلَى سَنَةِ الْعِدَّةِ ....

لأنها إذا طلقت وهي مرتابة بتأخير الحيض فعدتها سنة كما تقدم واستبراؤها بثلاثة أشهر كما تقدم فتنتظر أقصى الأجلين، فإن بيعت وقد بقي من العام ثلاثة أشهر فقد دخل الاستبراء في العدة، وإن بيعت وقد بقي من السنة يوم دخل يوم من الاستبراء في العدة.

خليل: ولو قيل: يكتفى بالسنة على الاستبراء لكان قولاً حسناً؛ لأن الاستبراء معقول المعنى، وقد حصلت براءة الرحم بالسنة، والله أعلم.

وَمَنْ أَعْتَقَ لَمْ يَسْتَبْرِئْ لِنِكَاحِهِ عَنْ وَطْئِهِ

يعني إذا كانت له أمة يطأها ثم أعتقها وأراد أن يتزوجها لم يستبرئ لنكاحه؛ لأن وطئه أولاً صحيح، والاستبراء إنما يكون عن الوطء الفاسد. وسمعت ممن أثق به أن في المسألة قولاً آخر بالاستبراء، ولم أره الآن وهو أظهر، ليفرق بين ولده من وطء الملك فإنه ينتفي بمجرد دعواه من غير يمين على المشهور، وبين ولده من وطء النكاح فإنه لا ينتفي إلا بلعانه.

وَمَنِ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يَسْتَبْرِئْهَا لِحَلِّ وَطْءِ الْمِلْكِ

يعني: أن الإنسان إذا كان متزوجاً لأمة ثم اشتراها فليس عليه استبراء؛ لأنه إن لم يدخل بها فواضح إذ لا وطء منه ولا من غيره حتى يجب الاستبراء منه، وإن دخل فوطؤه صحيح والماء ماؤه، وهو ماء صحيح في وطء صحيح.

عياض: وقال ابن كنانة: في غير المدخول بها يستبرئها. وانظر ما حكاه القاضي عن ابن كنانة هل معناه وإن كانت بعد البناء لم يحتج إلى استبراء أو إنما تحتاج إليه بعده من باب الأولى، ويكون نبه بالأخف على الأشد وهو الظاهر. وذكر أن الولد إذا أحدث بعد الملك كانت به أم ولد باتفاق.

واختلف إذا حملت به في النكاح وولدته بعد الشراء هل تكون به أم ولد أو لا؟ فتحتاج إلى الاستبراء ليحصل العلم هل هي أم ولد أو لا؟

فَلَوْ بَاعَ الْمَدْخُولَ بِهَا أَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا أَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ وَطْءِ الْمِلْكِ لَمْ تَحِلَّ لِلسَّيِّدِ وَلا لِلزَّوْجِ إِلا بِقُرْءَيْنِ عِدَّةً فسخ النِّكَاح، وكَانَ يَقُولُ: حَيْضَةٌ. ثُمَّ رَجَعَ ....

يعني: فلو باع هذا الزوج الذي اشترى زوجته وكان قد دخل بها أو أعتقها أو مات عنها قبل أن يطأها بالملك، أو كان هذا الزوج مكاتباً اشترى زوجته فعجز فرجعت إلى سيده قبل أن يطأها المكاتب لم تحل واحدة منهن لزوج إن تزوجت أو لسيد إن حصلت إلا بعد قرءين عدة فسخ النكاح، وكان مالك يقول في كل من اشترى زوجته من حر أو عبد ثم باعها أو أعتقها أنه يستبرئها بحيضة ثم رجع عنه إلى حيضتين. ذكر ذلك في المختصر الكبير، وكتاب ابن المواز. وبالمرجوع إليه أخذ ابن القاسم، ولكنه في المدونة إنما ذكر مسألة المكاتب، قيل: وسبب الخلاف هل هي من ملك ولم يفعل كمن فعل، وذلك أن المكاتب ونحوه قد ملك أن يطأ فهل يعد كأنه وطئ أم لا؟

عياض: وقيل سببُ الخلافِ الخلافُ في المطلوب في الفسوخ هل هو استبراء أو عدة؟

أبو الحسن وغيره: وإذا بنينا على القول المرجوع إليه فالحيضة الأولى هي التي للمواضعة ويبرأ بها المبتاع، والثانية إنما هي لتتميم عدة فسخ النكاح وضمانها حينئذ من المشتري. وكتب ابن عتاب أن المواضعة في الحيضتين معاً، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين. ونص ما في كتاب ابن عبدوس: وذلك أنه إن ظهر بها حمل فيهما صارت أم ولد للبائع، وقول المصنف عدة مجرور إما بدل أو عطف بيان من قرءين.

وَبَعْدَهُ بِحَيْضَةٍ لأَنَّ وَطْئَهُ فَسْخٌ لِلْعِدَّةِ.

الضمير المجرور ببعده عائد على الوطء، يعني: وإن باع المدخول بها أو مات عنها أو أعتقها بعد أن وطئها اكتفت بحيضة؛ لأن وطئه هادم لعدة فسخ النكاح. ولما كان المطلوب في الفرع الأول على القول المرجوع [٤٠٨/ أ] إليه إنما هو عدة، قال المصنف بقرءين؛ لأن الأقراء هن الأطهار بخلاف المطلوب هنا فإنه استبراء محض، فلذلك قال بحيضة ولم يقل بقرء؛ لأنه تقدم أن المطلوب به في الاستبراء حيضة على المشهور.

إِلا أَنْ يَحْصُلَ قَبْلَ ذَلِكَ حَيْضَةٌ أَوْ حَيْضَتَانِ فَتَحِلُّ بِحَيْضَةٍ

الاستثناء راجع إلى صدر المسألة - أعني محل القرءين - والإشارة بذلك عائدة على البيع والعتق والموت، وعجز المكاتب المفهومة من قوله: (**فلو باع المدخول بها أو أعتقها أو مات عنها أو عجز المكاتب**) يعني إلا أن تحصل قبل انتقال الملك بأحد تلك الوجوه حيضة أو حيضتان فتحل بحيضة؛ لأنه إن حصل قبل ذلك حيضة كانت هذه الحيضة التي تحل بها مكملة للعدة ونائبة عن الاستبراء، وإن كان الحاصل قبل ذلك حيضتان كانت هذه الحيضة استبراءً فقط.

وَمَتَى الْتَبَسَ الأَمْرُ فَالأَحْوَطُ كَالْمَرْأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطَلَّقَةٌ، ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ وَلَمْ تَتَبَيَّنْ فِيهِمَا فَعِدَّتُهُمَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ فَإِنْ تَبَيَّنَتْ فَكَالْمُطَلَّقَةِ ....

الكلام المتقدم في التداخل هو باعتبار موجبين، والكلام الآن إذا كان الموجب واحداً ولكنه التبس بغيره، ثم التباسه إما أن يكون من جهة محل الحكم وإما من جهة سببه، ومثل المصنف للأولين بمثالين أشار إلى الأول بقوله: (**كَالْمَرْأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ**) وإلى الثاني بقوله: (**أَوْ إِحْدَاهُمَا مُطَلَّقَةٌ**) يعني: إذا كانت له امرأتان إحداهما

بنكاح فاسد كما لو تزوج أختين من الرضاع ولم تدر السابقة منهما، ثم مات الزوج فتعتد كل واحدة منهما بأربعة أشهر وعشر وبثلاثة قروء؛ لأن الحكم فيهما لو علمت السابقة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر، وتعتد الأخرى بثلاثة قروء، لكن لا يعلم ذلك طلب في كل واحدة مجموع الأمرين إذ لا تتحقق حليتهما للأزواج إلا بذلك، والتعليل في المسألة الثانية كالأولى.

وقوله: (**ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ**) هو عائد للمسألتين معاً.

وقوله: (**وَلَمْ تَتَبَيَّنْ**) أي: المنكوحة نكاحاً فاسداً أو المطلقة فيهما، أي في المسألتين.

وقوله: (**فَعِدَّتُهُمَا أَقْصَى الأَجَلَيْنِ**) واضح.

وقوله: (**فَإِنْ تَبَيَّنَتْ**) أي المنكوحة نكاحاً فاسداً (**فَكَالْمُطَلَّقَةِ**) أي: فإن مات عنها قبل البناء فلا شيء عليها، وإن مات بعده تربصت ثلاثة قروء، ثم أخذ يتكلم على الالتباس من جهة سبب الحكم، فقال:

وَكَالْمُسْتَوْلَدَةِ الْمُتَزَوِّجَةِ يَمُوتُ السَّيِّدُ وَالزَّوْجُ وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ مِنْهُمَا، فَإِنِ احْتَمَلَ مَا بَيْنَهُمَا عِدَّةَ الأَمَةِ فَأَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ مِنْ مَوْتِ الثَّانِي، وحَيْضَةٌ فِيهَا أَوْ إِلَى تَمَامِ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ وَهَذَا عَلَى أَنَّ اسْتِبْرَاءَ الْمُسْتَوْلَدَةِ بِذَلِكَ لا عَلَى أَنَّهُ ثَلاثَةٌ أَوْ سِتَّةٌ وإِنْ لَمْ يَحْتَمِلْ فَأَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ مِنْ مَوْتِ الثَّانِي، وَحُكْمُ الْحَيْضَةِ مَا فِي عِدَّةِ الْحُرَّةِ لِلْوَفَاةِ، ولا بُدَّ مِمَّا تَحِلُّ بِهِ الأَمَةُ الْمُعْتَدَّةُ مِنَ الْوَفَاةِ مِنْ مَوْتِ الأَوَّلِ ...

يعني: إذا زوج الرجل أم ولد ثم غاب عنها سيدها وزوجها وماتا، وعلم أن أحدهما مات قبل الآخر لكن لم يعلم السابق منهما، فلذلك صورتين:

الأولى: أن يكون بين موتهما أكثر من شهرين وخمس ليال، وهو معنى قوله: (فإن احتمل ما بينهما عدة الأمة). وانتهى كلامه على هذه الصورة عند قوله: (**ثَلاثَةٌ أَوْ سِتَّةٌ**) والصورة الثانية: ألا يكون بين موتهما شهران وخمس ليال، وهو معنى قوله: (**وإِنْ لَمْ**

يَحْتَمِلْ... إلخ). وإنما طلبت في الأولى بأربعة أشهر وعشر وحيضة؛ لأنه على تقدير احتمال موت السيد أولاً لا يلزمها بسببه شيء لأنه مات عنها وهي في عصمة زوج ولم تحل لسيدها، لكن يجب عليها أربعة أشهر وعشر؛ لأن زوجها مات عنها وهي حرة، وعلى احتمال موت الزوج أولاً تجب عليها العدة منه بشهرين وخمس ليال؛ لأنه مات عنها قبل سيدها لكن يجب عليها الاستبراء بحيضة؛ لأنها قد حلت للسيد إذ الفرض أن بين موتهما مقدار العدة، فلأجل ذلك لا تحل إلا بمجموع الأمرين أربعة أشهر وعشر وحيضة، فإن أتتها الحيضة في أربعة أشهر وعشر وإلا انتظرتها إلى تسعة أشهر، فإن لم تأتها ولم تحس بريبة حلت، وهذا معنى قوله: (**وحيضة فيها أو إلى تمام تسعة أشهر**)

واختلف الشيوخ في الشهرين وخمس ليال، هل لها حكم أكثر منها؟ وبه فسر المدونة ابن يونس، أو الأقل وإليه ذهب ابن شبلون لأنه لم يمض وقت تحل فيه للسيد، ولو جهل مقدار ما بينهما هل أقل أو أكثر لكانت كما لو تحقق أنه أكثر ولزم الأخذ بالأحوط. قاله بعض الشيوخ.

قوله: (**وَهَذَا**) أي: ما قلنا من الرفع إلى تسعة أشهر إنما هو أن تُستبرأ أم الولد إذا توفي عنها سيدها وارتابت بتأخير الحيض تسعة أشهر لا على القول بأنها ترفع ثلاثة أشهر، فإنها على هذا القول تكتفي بأربعة أشهر وعشر لدخول الثلاثة فيها ولا على أنها ترفع إلى ستة أشهر فإنها تستغني بستة أشهر. وهذا القول الذي قدمه عن ابن القاسم بقوله: وكان يقول إن كانت تحيض كل ستة أشهر انتظرتها. وكلام المصنف يوهم أن ابن القاسم يقصد خصوصية الستة، وإنما قال [٤٠٨/ ب] ذلك على طريق المثال كما تقدم، واعلم أن ما قاله المصنف من أنها على القول بأنها تكتفي بثلاثة أشهر تكتفي هنا بالأربعة أشهر وعشر، هو قول غير واحد من القرويين، ورده ابن يونس بأن القول بالاكتفاء بالثلاثة إنما هو في الأمة القن إذا ارتابت، والحيضة في أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه

إياها عدة لقوة الاختلاف فيها بخلاف الأمة. وإذا كانت عليها عدة من سيدها وعدة من زوجها وجب أن تطالب بأقصى الأجلين، كقول ابن القاسم فيمن تزوجت في عدة وفاة ودخل بها، وصححه عياض. **خليل**: وإنما يظهر أثر اشتراط الحيضة فيها إذا احتمل على قول من لا يراعى الحيضة في عدة الوفاة، وأما من يعتبرها - كأشهب وأحد قولي ابن القاسم - فإن حيضة استبرائها تدخل في الحيضة المشترطة في العدة.

وقوله: **(وإن لم يحتمل)** هذه هي الصورة الثانية، يعني فإن لم يكن بين موتهما شهران وخمس ليال بل أقل من ذلك فعليها أربعة أشهر وعشر لاحتمال موت الزوج بعد موت السيد، وعلى احتمال موت الزوج أولاً فعليها شهران وخمس ليال وهي مندرجة في الأربعة، فلذلك اكتفت بالأربعة أشهر وعشر ولم تحتج إلى حيضة الاستبراء؛ لأنها إنما احتاجت إليها في المسألة السابقة لكونها حلت للسيد، وهاهنا لم تحل له؛ لأنه وإن مات زوجها أولاً فهي معتدة منه.

وقوله: (**وَحُكْمُ الْحَيْضَةِ**... إلخ) يعني فيحتاج إليها على قول أشهب، ولا يحتاج إليها على قول عبد الملك، ويفرق على المشهور.

ابن عبد السلام: واختلف حذاق الشيوخ هل طلب الحيضة في عدة الوفاة في حق من كانت عادتها أن تحيض في أقل من زمان العدة عام في كل معتدة أو لا يحتاج إليها هنا لرفع الريبة في تلك العدة فصارت من باب اعتبار الشك المركب، وقد تقدم إطراحه في الفقهيات لأنه من الوساوس؟

قوله: **(ولا بُدَّ مِمَّا تَحِلُّ بِهِ الأَمَةُ الْمُعْتَدَّةُ للوفاة)**.

ابن راشد: هذا الموضع مشكل لأن فرض المسألة أن الأول مجهول، فإن فرضنا أن الأول هو الزوج فهذه تعتد عدة الأمة، وتقدم الخلاف هل لا بد من حيضة أو تحل بثلاثة أشهر أو تحل بانقضاء العدة؟

وإن كان السيد هو الأول فعدتها أربعة أشهر وعشر، ويختلف هل تحل أم لا تحل حتى تحيض - كما سبق- فأي فائدة في ذكره فتأمله؟

خليل: ويحتمل أن يكون أشار بذلك إلى أنها تتربص تسعة أشهر على قول وذلك لأنه قدم أن الأمة، قد لا تحل بمجرد مضي عدتها بل لا بد مما تحل به الأمة. وقد تقدم أن في ذلك قولين: أحدهما أنها تتربص تسعة أشهر. والثاني أنها تتربص ثلاثة. فعلى الأول أنها تتربص تسعة لا بد لهذه المستولدة من تسعة إذا ضعف أمرها أن تكون كالأمة، والله أعلم.

فرع:

ولا ترث أم الولد من زوجها شيئاً في الصورتين لاحتمال موت الزوج قبل موت السيد. قاله في المدونة وغيرها.

الإِحْدَادُ: وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ زَوْجَةٍ لِلْوَفَاةِ خَاصَّةً وإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً دُونَ الطَّلاقِ

أبو زيد وأبو عبيد: يقال حدت المرأة فهي حاد، وأحدت فهي محد، ولم يعرف الأصمعي (حدت) وأصله من حاددت الرجل من كذا إذا منعته، ومنه الحدود الشرعية من الجلد والرجم والقطع لأنها تمنع أن يؤتى مثل ذلك الفعل، ومنه أيضاً الحدود للماهيات لأنها تمنع من أن يدخل في تلك الماهية غيرها، ولذلك قيل للبواب حداد لأنه يمنع غيره، والدليل على وجوبه في عدة الوفاة ما في الصحيحين وغيرهما عن أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قُسطٍ وأظفار**». قيل: والعصب ثياب من اليمن فيها بياض وسواد، والنبذة - بضم النون - القطعة والشيء اليسير، والقسط - بضم القاف - والأظفار نوعان من البخور، ورخص فيه في الطهر من الحيض لتطييب المحل وإزالة كراهته. ولهذا الحديث ونحوه قصد مالك الإحداد على عدة الوفاة، وحكمة مشروعيته الإبعاد مما تراد المرأة له صوناً للأنساب.

مطرف وابن الماجشون: وإن ارتابت فعليها الإحداد حتى تنقضي الريبة وإن بلغت إلى خمس سنين. قال: وكذلك سمعنا مالك يقول.

قوله: (**وإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً**) يريد وإن كانت في المهد ويجنبها أهلها؛ لأنها لما وجبت عدة الوفاة على الصغيرة والكبيرة وجب عليها الإحداد، ودخل في قوله: (**كُلِّ زَوْجَةٍ لِلْوَفَاةِ**) الأمة والحرة، وهو صحيح.

وَفِي زَوْجَةِ الْمَفْقُودِ والْكِتَابِيَّةِ قَوْلانِ

المشهور مذهب المدونة وجوب الإحداد عليهما، ولم يوجبه عبد الملك وسحنون على امرأة المفقود؛ لأن الرجل لم تتحقق وفاته بدليل أنا لا نقسم ميراثه، واختار اللخمي أن

يكون عليها أقصى الأجلين. والقول بعدم وجوب الإحداد على الكتابية رواه ابن نافع عن مالك، وبه قال هو وأشهب، إما [٤٠٩/أ] لأنها لم تدخل في قوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر**». وإما بناء على أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة كما أشار بعضهم، وقد يقال: إن المشهور وقول ابن نافع مبنيان على الخلاف في عدتها، هل تعتد بأربعة أشهر وعشر أو بثلاث حيض. فالمشهور مبني على الأول، وقول ابن نافع مبني على الثاني.

وَهو تَرْكُ الزِّينَةِ الْمُعْتَادَةِ فَلا تَتَحَلَّى وَلَوْ بِخَاتَمٍ، ولا تَتَطَيَّبُ، وَلا تَدَّهِنُ بِالأَدْهَانِ الْمُطَيِّبَةِ بِخِلافِ الشَّيْرَقِ والزَّيْتِ ....

لما ذكر أن الإحداد واجب أتبعه بالكلام على حقيقته، ولما كان ترك التحلي والتطيب من نتيجة قوله (**تَرْكُ الزِّينَةِ**) أدخل الفاء في قوله: (**فَلا تَتَحَلَّى وَلَوْ بِخَاتَمٍ، ولا تَتَطَيَّبُ**).

عيسى: وسواء كان ذلك الخاتم فضة أو ذهباً. مالك في رواية محمد: ولا تلبس حلياً ولو كان حديداً. ولم ينص أصحابنا على الجوهر والياقوت.

الباجي: وهو داخل تحت قوله في الموطأ: ولا تلبس خاتماً ولا خلخالاً ولا غير ذلك من الحلي.

محمد عن مالك: ولا تحضر عمل الطيب ولا تتجر فيه، وإن لم يكن لها كسب غيره حتى تحل.

ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها فقال مالك: لا تنقض مشطها، أرأيت لو اختضبت. قال في البيان: إن كانت امتشطت بغير طيب، وأما إن كانت امتشطت بطيب أو تطييت في سائر جسدها فيجب عليها غسله كنزع الثوب المصبوغ إذا توفي زوجها وهي لابسة له، وكما يجب على الرجل إذا أحرم وهو متطيب أن يغسل الطيب عنه. وقال بعض القرويين: إذا لزمت المرأة العدة وعليها طيب ليس عليها غسله بخلاف الذي يحرم. **عبدالحق**: لأن المحرم أدخل الإحرام على نفسه ولو شاء نزع الطيب قبل أن يحرم أو

أخر الإحرام حتى يذهب، فلم يعذر لاختياره بخلاف العدة فإنه لا خيار للمرأة فيها. والشيرق بكسر الشين المعجمة وآخره قاف، ويقال بالجيم ويقال أيضاً بالحاء المهملة المفتوحة. النووي: وهو بفتح الراء وليس بعربي، وهو دهن السمسم.

وَلاَ تَمْتَشِطُ بِحِنَّاءٍ ولا كَتَمٍ وَلاَ بِمَا يَخْتَمِرُ فِي رَأْسِهَا

قال في المدونة بإثر هذا: وتمتشط بالسدر وبما لا يختمر في رأسها.

عياض: والحناء ممدود، والكتم بفتح التاء الوسمة التي يصبغ بها الشعر. وقال أبوعبيد: بتشديد التاء. وهو يذهب حمرة بياض الشعر ولا يسوده كما زعمه بعضهم ممن أخطأ في ذلك.

وَلا تَدْخُلُ الْحَمَّامَ، ولا تُطْلِي جَسَدَهَا

هكذا قال أشهب أنها لا تدخل الحمام ولا تطلي جسدها بالنورة، ولا بأس أن تستحد. هكذا نقل اللخمي وابن يونس عن أشهب. ونقل ابن عبد السلام عن أشهب أنها لا تدخل الحمام إلا من ضرورة. ونقل عن غيره أنها لا تدخله، قال: وظاهره ولو مع الضرورة. وأجاز لها ابن لبابة دخول الحمام، وأجاز في السليمانية الإطلاء بالنورة.

مالك في العتبية: ولا بأس أن تخرج إلى العرس ولا تتهيأ بما لا تلبسه الحاد ولا تبيت إلا في بيتها، ولا بأس أن تنظر في المرآة وتحتجم وتقلم أظفارها وتنتف إبطيها.

وَلا تَكْتَحِلُ إِلا لِضَرُورَةٍ وَتَمْسَحُهُ نَهَاراً، وقِيلَ: وَلا لِضَرُورَةٍ

قال في المدونة: ولا تكتحل إلا من ضرورة، ولا بأس وإن كان فيه طيب ودين الله يسر. زاد مالك في الموازية أنها تكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً كما قال المصنف. ولمالك في المختصر أنها لا تكتحل بإثمد فيه طيب وإن اشتكت عينها.

الباجي: ويحتمل ما في المختصر أنها لم تضطر إلى الطيب. **الباجي**: وجدت لمالك ولم أتحققه أنها لا تكتحل بالإثمد ولا بشيء فيه سواد ولا صفرة ولا بما فيه طيب وإن اشتكت

عينها. ومعنى ذلك ألا تدعو إلى ذلك ضرورة، وهذا على تأويل الباجي يرجع إلى الأول. ونقل ابن عبد الحكم عدم الجواز ولو حصلت الضرورة، ودليله **«أن امرأة توفي زوجها فأتت أمُّهَا النبيَّ صلى الله عليه وسلم، فقالت: إن بنتي اشتكت عينها أفأكحلها؟ قال: لا. قالت: إني أخشى أن تنفقئ عينها. قال: وإن انفقأت»**.

عبد الحق: وإسناده صحيح. وفي الموطأ أنه عليه الصلاة والسلام قال لامرأة معتدة اشتكت عينها: **«اكتحلي بكحل الجلاء بالليل وامسحيه نهاراً»**. ولعل تعارض الحديثين هو سبب الاختلاف هنا.

وَتَلْزَمُ الْمَسْكَنَ

أي: وتلزم المتوفى عنها المسكن الذي توفي عنها زوجها فيه. ونبه بهذا على قول ابن عباس وجابر أنها تعتد حيث شاءت. ودليلنا ما رواه مالك وأبو داود والترمذي وصححه **أن الفريعة بنت أخت أبي سعيد الخدري جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة، فإن زوجها خرج في طلب أعبُدٍ له أبِقوا له حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي، فإنه لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة. فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نعم». فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني أو أمر بي فدعيت، فقال: «كيف قلت»؟** [٤٠٩/ ب] **فرددت عليه القصة التي ذكرت من شأن زوجي، قالت: فقال: «امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله»** واللفظ لأبي داود.

وَلاَ تَلْبَسُ مَصْبُوغاً إلا الأَسْوَدَ وَالأَدْكَنَ وَالأَكْحَلَ إلا أَنْ لاَ تَجِدَ غَيْرَهُ

هكذا وقع كما ترى أن الأدكن داخل في المستثنى، ونحوه في الجلاب، فإنه قال: ولا بأس بلباس البياض والسواد والدكن والكحليات. ومذهب المدونة خلافه، ففيها: ولا

تلبس خزاً ولا ما صبغ من ثياب أو جباب حرير أو كتان أو قطن أو صوف وإن كان أخضر أو أدكن إلا أن لا تجد غيره، وتكون بموضع لا تجد استبدالاً، فإن وجدت بدلاً ببيع فليس ذلك لها. **اللخمي**: وكذلك إذا قدرت على تغيير صبغه بسواد. ولا فرق في المصبوغ الممنوع بين الصوف والحرير وغيرهما.

ابن رشد: ولو رجع في أمر اللباس إلى الأحوال لكان حسناً، فرب امرأة يكون شأنها لباس الخز والحرير فإذا لبست ثوب كتان أي لون كان فلا يكون زينة لها.

خليل: وعلى هذا فتمتنع الناصعة البياض من السواد فإنه يزينها. وكذلك قال اللخمي: أرى أن تمنع من الثياب الحسنة وإن كانت بيضاء لأنها تزيد في الوضاءة، وتنظر حينئذ لنفسها ويتشوف لها، وكذلك الرفيع من السواد، ولا أرى أن تمنع الأخضر والأزرق والزيتي.

وَتَلْبَسُ الأَبْيَضَ - وَلَوْ إِبْرِيسَماً - وغَلِيظَ عُصُبِ الْيَمَنِ، وَأَبْيَضَ الْخَزِّ وَأَسْوَدَهُ

ما ذكره هو المشهور. قال في المدونة: وتلبس رقيق البياض كله وغليظه. ومال غير واحد إلى المنع من رقيق البياض.

وَلَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْعِدَّةِ

يعني: وليس الإحداد شرطاً في العدة، بل لو تركته أثمت وحلت بانقضاء العدة.

وَعَلَى مَنِ اشْتَرَى أَمَةً مُعْتَدَّةً إِبْقَاؤُهَا فِي مَوْضِعِ اعْتِدَادِهَا، وَيَجُوزُ إِخْرَاجُهَا نَهَاراً لِلْبَيْعِ، وَلاَ تَتَزَيَّنُ بِمَا لا تَلْبَسُهُ الْحَادُّ ....

لأن بقاء المعتدة في موضع اعتدادها مأمور به، فإذا احتاج سيدها للبيع جاز له إخراجها نهاراً كما جاز للحرة أن تخرج لحوائجها طرفي النهار، ولا يتركها تتزين بما لا تتزين به الحاد، وإنما لم يكن للمشتري إخراجها لأنه حلَّ محل البائع.

وَلِلْمُعْتَدَّةِ الْمَدْخُولِ بِهَا مُطْلَقاً مِنْ وَفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ فَسْخٍ أَوْ لِعَانٍ السُّكْنَى

يعني: أن للمدخول بها السكنى في العدة مطلقاً سواء كانت من وفاة أو طلاق أو خلع، وعطفه الخلع على الطلاق من باب عطف الخاص على العام، ولأنه قد يتوهم إسقاط السكنى لها لما بذلته، ولينبه على أنه لا فرق في الطلاق بين البائن وغيره.

والمشهور في المتوفى عنها ما ذكره المصنف، وروى ابن خويزمنداد عن مالك سقوط السكنى لها، وقاله ابن القصار؛ لأن ملك الزوج للدار قد زال بموته، وأسقط أحمد بن حنبل السكنى للبائن.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ** ﴾ [الطلاق: ٦] ولم يذكر في ذلك شرطاً. ثم قال في النفقة: ﴿ **وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ [الطلاق: ٦] فشرط وجود الحمل.

وقوله: (**أَوْ فَسْخٍ**) أي في النكاح الفاسد؛ لأنها محبوسة من أجله؛ ولأن الولد يلحق به كالصحيح.

قوله: (**أَوْ لِعَانٍ**) هو المشهور. وقال القاضي إسماعيل: لا سكنى لها. وهو اختيار ابن رشد لانقطاع الزوجية وأسبابها، ولو أتت بولد لم يلحق به.

وَإِنْ نَقَلَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا وَاتُّهِمَ رَجَعَتْ لِلأَوَّلِ

يعني: إذا نقل الرجل زوجته من موضع سكناه المعروف إلى غيره، واتهم على إسقاط حق الله تعالى في السكنى، كما لو طلقها بالقرب فإنها ترجع إلى المنزل الأول، ولم يكتفوا منه هنا باليمين.

فرع:

فإن كانت إقامتها في غير منزلها لحق آدمي مثل أن تكون ظئراً استؤجرت بشرط أن تكون في دار أبوي الصبي، فمات الزوج عنها أو طلقها.

التونسي: فاعرف في هذا أنه تفسخ الإجارة وترجع إلى بيتها بخلاف حق الله تعالى من العكوف والإحرام.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا يَمُوتُ زَوْجُهَا فَلا سُكْنَى لَهَا إِلا أَنْ يَكُونَ قَدْ أَسْكَنَهَا فَتَكُونُ كَالْمَدْخُولِ بِهَا ....

لأنها إنها تعتد في موضع سكناها إلا أن يكون قد أسكنها فلها السكنى، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة لا يجامع مثلها. قاله في المدونة، وقيده أبو بكر بن عبد الرحمن بما إذا كان قد ضم الصغيرة إليه لا ليكفلها، وأما إن أخذها ليكفلها ثم مات فليس لها.

ابن يونس: وأظن أن ابن المواز ذكره، وهو بَيِّنٌ فاعلمه.

ابن حارث: واختلفوا في الصغيرة التي لا يدخل بمثلها إذا أسكنها زوجها في حياته ثم مات، فقال ابن القاسم: هي أحق بالسكنى حتى تنقضي العدة. وقال سحنون: وكيف تكون أولى بالسكنى وإنما هو متطوع لها بها في حياته.

محمد: ولو اكترى لها منزلاً فجعلها فيه ونقد الكراء، أو كان لنفسه فهي أحق به وإن لم يبن.

اللخمي: وليس هو أصل المذهب إلا أن يكون موته بعد أن صارت إلى ذلك المسكن.

وَلا سُكْنَى لِلأَمَةِ مَا لَمْ تَتَبَوَّأْ بَيْتاً

يعني: إذا لم تتبوأ بيتاً اعتدت في بيت سيدها، وإن تبوأت فكالحرة. وبالجملة فأحكامها بعد [٤١٠/ أ] الموت أو الطلاق باعتبار السكنى كحالها في حال الزوجية.

بعض الأندلسيين: وهو يدل على أن سكنى المعتدة تبع لسكنى العصمة، فيؤخذ منه أن الحرة إذا طاعت لزوجها بالسكنى في دارها دون كراء ثم طلقها فطلبت منه كراء أمد العدة أنه لا يلزمه السكنى، وبهذا أفتى أبو عمر ابن المكوي وابن العطار والأصيلي، وذهب ابن زرب وابن عتاب إلى أن عليه الكراء، وإليه ذهب اللخمي، وأفتى به المازري لأن المكارمة قد زالت بالطلاق.

وَلَوْ خَرَجَ بِهَا إِلَى الْحَجِّ فَمَاتَ أَوْ طَلَّقَهَا بَائِناً أَوْ رَجْعِيّاً رَجَعَتْ فِي ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مَا لَمْ تَبْعُدْ أَوْ تُحْرِمْ ....

يعني: ولو سافر الزوج بزوجته فإما إلى الحج أو غيره، فإن سافر بها إلى حجة الفريضة فما قاله المصنف قاله أبو بكر بن عبد الرحمن، وأما غيره: فترجع إن بعدت كالسفر إلى الرباط ونحوه، وسَوَّى غيرُه بين الفرض والنفل بخلاف الغزو والرباط.

عياض: وفرق بين ذلك بفروق ضعيفة، والأول أصوب. وأشار التونسي إلى أنه ينبغي على الثاني أن يلحق بذلك الغزو ونحوه، وما ذكره من أنها ترجع إذا طلقها أو مات عنها في الثلاثة الأيام نحوه في المدونة، ونص على أن ما قرب من الثلاثة بمنزلتها وأنها ترجع إن وجدت ثقة. قال: وترجع من ملل وذي الحليفة من المدينة، وردهن عمر رضي الله عنه من البيداء، ولا يفسخ كراء كريها، ولتُكْرَ الإبلُ في مثل ما اكترت ولو بعدت كإفريقية من الأندلس أو المدينة من مصر تمادت، وأما إذا أحرمت فلتنفذ قربت أو بعدت. وملل موضع بينه وبين المدينة ثمانية عشر ميلاً.

قوله: (**إن وجدت ثقة**) يريد محرماً أو ناساً لا بأس بهم. قاله اللخمي وابن عبدالسلام وغيرهما. وفهم اللخمي من قول مالك أنها ترجع في اليومين والثلاثة أن الحج عنده على التراخي، قال: وعلى قوله أنه على الفور يكون عليها أن تنفد لما خرجت إليه وإن لم تكن بعدت عن بلدها، وكذلك لو لم تكن خرجت لكان عليها أن تخرج.

ابن عبد السلام: وفي قوله: (لكان عليها أن تخرج) نظر، فإنه حينئذ يكون كواجبين تعارضا؛ لأن مكثها في بيتها فرض، والحج كذلك، فيسلك مسلك الترجيح.

فرعان:

الأول: قال أبو عمران: وإذا طلقها ورجعت فعليه الكراء في رجوعها لأنها إنما رجعت من أجله وحبست له، فذلك بمنزلة ما يجب لها من السكنى عليه.

الثاني: قال أبو الحسن: قوله: وأما إذا أحرمت فلتنفد، ظاهره أنها أحرمت قبل موت الزوج، ولا إشكال في هذا وهي غير عاصية، ولو أحرمت بعد موت الزوج نفدت وهي عاصية، بخلاف المعتكفة فإنها لا تنفد إذا أحرمت بالحج وتبقى على اعتكافها حتى تتمه، إذ لو قيل أنها تخرج إلى الحج الذي أحرمت به لبطل اعتكافها؛ لأنه لا يكون إلا في المسجد، بخلاف الإحرام فإنه لا يخل بجملة العدة وإنما يخل بالمبيت.

وَتَرْجِعُ فِي غَيْرِ الْحَجِّ إِنْ كَانَ خَرَجَ لإِقَامَةِ الأَشْهُرِ لا لِلْمُقَامِ إِذَا وَجَدَتْ ثِقَةً، وَإِنَّمَا تُؤْمَرُ بِالرُّجُوعِ إِذَا بَقِيَ لَهَا شَيْءٌ مِنْ عِدَّتِهَا بَعْدَ وُصُولِهَا إِلَى بَيْتِهَا بِالتَّقْدِيرِ، وَإِذَا كَانَ السَّفَرُ لِلانْتِقَالِ اعْتَدَّتْ فِي أَقْرَبِهِمَا أَوْ أَبْعَدِهِمَا أَوْ فِي مَكَانِ الْمَوْتِ إِنْ شَاءَ وَأَمْكَنَ ....

يعني: وإن سافر بها في غير الحج فإن ذلك على وجهين: **أحدهما**: أن يخرج لا للسكنى بل ليقيم شهراً أو شهوراً كما لو خرج لرباط أو زيارة أو تجارة. **والثاني**: أن يخرج للإقامة رافضاً لسكناه بمحله. وذكر المصنف أنها في الوجه الأول ترجع وأطلق، ونص في المدونة على أنها ترجع ولو وصلت إلى المكان الذي خرجت إليه. واختلف إذا قامت بالمكان الذي خرجت إليه الأشهر أو السنة، فذكر التونسي وغيره قولين: **أحدهما**: أنها ترجع، وهو ظاهر المدونة. **والثاني**: أنها لا ترجع، وهو قول مالك في الموازية. ابن عبدالحكم: والأول أحسن. وقال اللخمي: الثاني أحسن.

وقوله: (**وَإِنَّمَا تُؤْمَرُ بِالرُّجُوعِ**... إلخ) **يعني**: وحيث أمرناها، إنما ذلك حيث يكون لرجوعها فائدة بأن تعتد في منزلها، وأما إن كانت لو رجعت لا تدرك منزلها إلا بعد فراغ العدة فلا ترجع لعدم الفائدة حينئذ في الرجوع. وظاهر كلامه إذا بقي من العدة شيء أنها ترجع ولو أدركت يوماً واحداً، وهو ظاهر المدونة، لكن قيد ذلك اللخمي بأن تدرك ما له قدر، وقال: وإن لم يبق من العدة إلا ما لا قدر له لم ترجع، وتعتد في موضعها إن كانت

في مستعتب أو تنتقل إلى أقرب المواضع إليها وإن كانت في غير مستعتب، ولا مستعتب دون الموضع الذي خرجت إليه فيكون لها أن تبلغه، وإن كان انقضاء العدة قبله، ولا إشكال في التقدير في ذات الأشهر، وأما ذات الحيض فالتقدير في حقها بما عرفته من عادتها. ثم أخذ المصنف يتكلم على القسم الآخر وهو ما إذا كان خروجه للانتقال، فقال: وإن كان السفر للانتقال... إلخ. والضمير في أقربهما أو أبعدهما عائد على المكان الذي خرجت منه والذي خرجت إليه. وحاصل كلامه أنها تخير في أحد ثلاثة أمور: أن ترجع [٤١٠/ ب] إلى المكان الأول، أو تذهب إلى المكان الذي خرجت إليه، أو تقيم بالمكان الذي مات فيه زوجها.

قوله: **(وَأَمْكَنَ)** الظاهر عوده على الثلاثة، ويحتمل من جهة اللفظ أن يعود إلى قوله: **(أَوْ فِي مَكَانِ الْمَوْتِ)** وما ذكره من التخيير في الثلاثة نحوه في المدونة، وعلل ذلك فيها بأنه مات ولا قرار لها لرفض قراره ولم تصل بعد إلى قراره، ونص فيها على أن المطلقة طلاقاً بائناً أو رجعياً كذلك.

اللخمي: ولها أن تعتد في موضع الموت وإن مات في مستعتب، أو تنتقل إلى غيره إذا كان مأموناً، ولا تبعد لأنها وإن كانت لا تتعين عليها العدة في مسكن فلا يسقط خطابها بما تخاطب به المعتدة من الحفظ، وأن لا تبيت عن المسكن الذي تبيت فيه، وإذا كان كذلك لم يكن لها أن تجعل عدتها في أسفار ومناهل وقفار، وإن مات الزوج بعد وصوله إلى البلد الذي أراد سكناه ثم مات قبل أن يتخذ لها مسكناً كالزوجة التي لا مسكن لها، وكانت بالخيار بين أن تعتد في الذي مات فيه أو بغير ذلك من تلك المدينة أو غيرها إذا كانت قريباً، ولو اكترى منزلاً فلم ينتقل إليه حتى مات كانت بالخيار أيضاً حسبما تقدم لو لم يكثر، فإن انتقل إليه تعين عليها فيه العدة. انتهى.

وقول اللخمي: (لم يكن لها أن تجعل عدتها في قفار.... إلخ) ظاهر، ويلزم عليه أن لا تكون مخيرة في أن تذهب إلى أبعد المكان بل يلزمها أن تذهب إلى الأقرب. وفي قوله أن لها إذا وصل بها إلى البلد الذي أراد سكناه ولم يتخذ لها به مسكناً أن تخرج من تلك المدينة نظر، وقاله ابن عبد السلام.

وَتَنْتَقِلُ الأَمَةُ مَعَ سَادَاتِهَا

نحوه في المدونة. وسواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة.

حمديس: وهو خلاف ما وقع في المدونة أنه لا يجوز بيعها إلا ممن لا يخرجها في العدة، وإذا لم يجز لمشتريها ذلك فبائعها أولى. ونص ابن القاسم في الموازية على أنها إن تبوأت مع زوجها بيتاً فليس لسادتها الانتقال بها. وجمع غير واحد بين مسألتي المدونة على ما في الموازية، فالتي لا تباع إلا ممن لا ينقلها هي التي تبوأت، والتي تنتقل مع سادتها هي التي لم تتبوأ، وإليه أشار أبو عمران بقوله: إن ما في الموازية لا خلاف فيه. وأجاب ابن يونس عن معارضة حمديس، وقال: لا يلزم هذا ابن القاسم؛ لأن بائعها لا يخرجها إلا أن يضطر إلى الخروج، وليس هو بمضطر في بيعها أن يبيعها ممن يخرجها وهو يجد من لا يخرجها لأن المشترين كثير، ولو اضطر بعد شرائه إلى الخروج لأمر حدث لجاز له أن يخرجها كسيدها.

وَلِلْبَدَوِيَّةِ الرَّحِيلُ مَعَ أَهْلِهَا لا مَعَ أَهْلِ زَوْجِهَا

نحوه في المدونة، واحترز من الحضرية فإنها لا تنتوي ولو انتوى أهلها. قال في المدونة: ولا تنتوي. ونص يحيى بن عمر على أن نساء أهل الخصوص يعتددن في البيوت التي كُنَّ فيها قبل الطلاق والوفاة. وعلى هذا فالمراد هنا بالبدوية ساكنة العمود، وهكذا فسره الباجي.

ابن عبد السلام: وقال اللخمي، وعياض، وابن راشد: المراد ساكنة الخصوص والعمود.

خليل: وكلام الباجي أصح لأن أهل الخصوص تلزمهم إقامة الجمعة على الأصح، فدل على أنهم في حكم الحاضرين. وما ذكره المصنف من أنها تنتقل مع أهلها لا مع أهل زوجها إنما ذلك إذا كان لها أهل ولزوجها أهل، وأما إن لم يكن لها أهل فإنها تعتد حيث كانت مع أهل زوجها وترحل معهم.

تنبيهان:

الأول: قوله: (تنتوي) أي: ترحل وتبعد، من النوى وهو البعد، وهو يدل على ما أشار إليه بعض الشيوخ إنما يكون لها أن تنتوي مع أهلها إذا كان رحيلهم لغير القرب لانقطاعهم عنها وانقطاعها عنهم، وأما إذا كان على قرب بحيث لا تنقطع عنهم وترجع إليهم عند تمام عدتها فتقيم مع أهل زوجها.

الثاني: قوله: (**لا مَعَ أَهْلِ زَوْجِهَا**).

ابن عبد السلام: إن كان المراد أن الحكم بذلك رخصة وأن الأصل كان أن تنتوي مع أهل زوجها لولا ما عارضه من مشقة الرجوع إلى أهلها عند انقضاء عدتها فظاهر، وإن كان المراد أن هذا هو الأصل عند مالك وأنها لو ارتكبت تلك المشقة وارتحلت مع أهل زوجها لما كان لها ذلك، فلا يتبين وجهه. وعلى الاحتمال الأول فهمها الشيوخ.

وَلَهَا مُفَارَقَةُ الْمَسْكَنِ بِعُذْرٍ لاَ يُمْكِنُهَا الْمُقَامُ مَعَهُ لِخَوْفِ سُقُوطٍ أَوْ لُصُوصٍ، ثُمَّ تَلْزَمُ الثَّانِيَ والثَّالِثَ كَذَلِكَ ....

يعني: أنه يجب على المعتدة الاعتداد في البيت الذي هي فيه في الطلاق والوفاة إلا أن لا يمكنها المقام لعذر فلها حينئذ مفارقته، وذلك إما لخوف سقوط الدار أو خوف لصوص.

اللخمي: أو خوف جار سوء على نفسها، أو وجدت وحشة لانتقال من حولها أو خشية الانتقال من جيرانها. قال في المدونة: وإن كانت في مدينة فلا تنتقل لضرر جواز ولترفع ذلك إلى السلطان.

اللخمي: وإن حصل الشر بينها وبين من تسكن معهم وكان الشر منها ارتحلت عنهم، وفي مثل هذا جاء الحديث في فاطمة بنت قيس، وإن كان الشر من غيرها أخرجوا عنها، [٤١١/ أ] وإن أشكل أقرع أيهم يخرج، ثم إن انتقلت إلى موضع لمانع صار الموضع الثاني في لزوم السكنى كالأول، ثم إن حصل مانع في هذا الثاني فكالأول، وهذا معنى قوله: (ثم تلزم الثاني والثالث كذلك).

ابن عبد السلام: كالحالف أن لا يرتحل من موضعه إلى انقضاء سنة مثلاً فعرض له مانع من سكناه. بل مسألة العدة جعلوها أصلاً لمسألة اليمين.

وَإِذَا انْتَقَلَتْ لِغَيْرِ عُذْرٍ رُدَّتْ بِالْقَضَاءِ

سواء أذن لها المطلق أم لا؛ لأن بقاءها في بيتها حق لله تعالى.

وَلاَ كِرَاءَ لَهَا فِيمَا أَقَامَتْ فِي غَيْرِهِ

نحوه في المدونة، ومعناه أن المعتدة إذا خرجت من موضع اعتدادها وسكنت غيره هروباً منه فردها القاضي إلى الأول، أو لم يردها وطلبت كراء البيت الذي هربت إليه، فلا كراء لها لأنها تركت ما كان واجباً لها فلا يلزم غيرها عن ذلك عوض.

وأقاموا من هذه المسألة مسألتين: **الأولى**: إذا كان له ولد فهربت به إلى موضع لا يعلمه، ثم أتت بعد ذلك تطلب ما أنفقت عليه أنه لا شيء لها.

الثانية: أقام منها ابن الشقاق أنه لا نفقة للناشزة مدة نشوزها ولا رجوع لها بذلك خلاف ما لمالك في الموازية. وفرق بينهما بوجهين: **أولهما** لابن رشد أن الكراء

تعين لها في ذلك المسكن لا في ذمة الزوج بمنزلة ما لو دفع النفقة فأتلفتها، ونحوه لأبي بكر بن عبدالرحمن.

ثانيهما لأبي عمران أن البقاء في المنزل حق لله فشدد عليها فيه حتى لا تسقطه، بخلاف بقائها مع الزوج فإنه حق له. وظاهر المدونة وقول المصنف لا كراء لها فيما أقامت في غيره أنه لا فرق في ذلك بين أن يكري المنزل الذي هربت منه أو يتركه خالياً. وقال اللخمي: إن خرجت لغير عذر فطلبت كراء المنزل الذي انتقلت إليه لم يكن لها ذلك إن خرجت عن مسكن يملكه الزوج أو اكتراه وحبسه ولم يكره بعد خروجها، وإن أكراه رجعت بالأقل مما اكترت أو أكرى.

وَتَخْرُجُ فِي حَوَائِجِهَا نَهَاراً وطَرَفَيِ اللَّيْلِ

يعني: أن السكنى التي تلزم المعتدة هي أن تلزم مسكنها بالليل، وأما النهار فلا بأس أن تتصرف فيه وكذلك في طرفي الليل. قال في المدونة: ولها التصرف نهارها والخروج سحراً قرب الفجر وترجع فيما بينها وبين العشاء الآخر. وهذا هو مراد المصنف بطرفي الليل.

ابن عبد السلام: قال بعضهم: ويدخله قول ابن القاسم أن لها الرجوع إلى ثلث الليل. ورواية مطرف وقول محمد إلا قدر هدوء الناس، قال: ويدخله قولٌ إلى نصف الليل دليله ما في كتاب الحج لأنه قال: لا دم على من بات في ليالي منى بغير منى إلا ليلة كاملة أو جلها. واختار اللخمي أن تؤخر الخروج لطلوع الشمس وترجع لغروبها، قال: وهذا في بعض الأوقات أو عند الحاجة، وليس لها أن تجعل هذا عادة تكون سائر النهار في غير الموضع الذي تعتد فيه. **مالك**: ولا أحب أن تكون عند أمها النهار كله.

فرع: وتسكن في البيت على حسب ما تسكن فيه مع زوجها وإن كان في الدار بيوتٌ كثيرةٌ وكانت تسكن بيتاً منها وفيه كان متاعها، فقال مالك: لا تبيت إلا فيه في بيتها أو أسطوانها أو حجرتها التي كانت تتصرف فيها أو تتقيظ.

ابن القاسم: ومعنى ذلك أن جميع المسكن الذي كانت فيه تبيت فيه حيث شاءت.

ولم يرد أنها لا تبيت إلا في الذي كان فيه متاعها. وقال بعض القرويين: معنى ذلك أن تبيت في كل ما لو سرقت منه من دار زوجها لم تقطع.

عياض: وفيه نظر. قال في المدونة: وإن كان في الدار مقاصير فلا تبيت إلا في مقصورتها.

الباجي وغيره: يريد أن تلك المقاصير لغيرها. وذهب الأبهري وابن القصار إلى أنها لا تبيت إلا حيث كانت تبيت. **عياض**: وهو استحسان. ولعل كلامه في الكتاب على هذا، واختلف لفظه على المستحب.

وَالْمُعْتَدَّةُ أَحَقُّ مِنَ الْوَرَثَةِ وَالْغُرَمَاءِ بِالْمَسْكَنِ الْمَمْلُوكِ لَهُ وَالْمَنْقُودِ كِرَاؤُهُ

لما قدم أن للمعتدة السكنى في الطلاق والوفاة أخذ يذكر المحل التي تكون فيه أحق في الوفاة، ولا شك في عدة الطلاق أن عليه ألا يخرجها من المنزل، وأما في الوفاة ففي المدونة وغيرها كما قال المصنف أنها أحق من الورثة والغرماء بالمسكن المملوك لزوجها أو المنقود كراؤه. وإنما ألحق المنقود كراؤه بالمملوك؛ لأنه إذا نقد كراؤه صار يملك السكنى فيه. وقيد أبو عمران المنقود كراؤه بما إذا انتقلت إليه، وأما إذا لم تنتقل إليه فلا شيء لها.

ابن زرقون: وروى ابن دينار عن ابن القاسم في المدونة: إن كان المنزل له فلها السكنى، وإن كان بكراء فلا سكنى لها. وحكى ابن خويزمنداد عن مالك أنه لا سكنى لها وإن كان المنزل له، فإن نقد بعض الكراء كانت أحق بمقدار ما نقد، وحكمها في الباقي حكمها فيما لم ينقد.

فَإِنْ كَانَ مُكْتَرىً غَيْرَ مَنْقُودٍ فَفِيهَا: لَمْ تَكُنْ أَحَقَّ فَتَخْرُجَ إِلا أَنْ يُكْرِيَهَا الْوَرَثَةُ كِرَاءَ مِثْلِهِ. ورُوِيَ أَنَّهَا أَحَقُّ بِالْمُدَّةِ الْمُعَيَّنَةِ، وَاخْتَارَهُ عَبْدُ الْحَقِّ، وَحَمَلَ الْمُدَوَّنَةَ عَلَى غَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ ....

يريد: فظاهر المدونة أنها ليست أحق ولو كان فيها التصريح بما قاله [١٣٤/ أ] المصنف لم يحسن خلاف الشيوخ في معناها، ولفظها: وإن كانت الدار بكراء ولم ينقد

الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله، وتؤدي الكراء من مالها، ولا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار أو يطلب من الكراء ما لا يشبه فظاهر قوله (ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها) أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرة أو وجيبة أي مدة معينة، وعلى هذا الظاهر حمله الباجي وغيره، واحتجوا بأن المسألة وقعت لمالك كذلك في الموازية. وذكر في النكت عن بعض القرويين أنه حمل المدونة على المشاهرة، وأما الوجيبة فإنها أحق بالسكنى سواء نقد أم لا، واحتج لذلك بقوله في المدونة: إلا أن يطلب منها صاحب المنزل ما لا يشبه، فإن ذلك يدل على أنه لم يكن الكراء لسنة بعينها لأنه لو أكرى لسنة بعينها لكان الكراء قد لزم بما تعاقداه، وليس لرب المسكن أن يطلب غيره. واحتج لذلك أيضاً في تهذيب الطالب، فإن أبا قرة روى ذلك عن مالك، أي أنها تكون أحق في الوجيبة مطلقاً. وحمل الأولان قول مالك إلا أن يطلب صاحب المسكن ما لا يشبه على أن مدة الكراء قد انقضت.

تنبيه:

قول المصنف إلا أن يكريها الورثة ليس في المدونة، وانتهى ما حكاه المصنف عنها عند قوله: (**لَمْ تَكُنْ أَحَقَّ**). وقوله: (**فَتَخْرُجَ**... إلخ) هو مفرع عليها.

الباجي: وإن رضي الورثة في مدة الكراء أو أهل الدار بعد انقضاء مدة الكراء أن يأخذوا منها الكراء ويقروها على السكنى لم يكن لها الخروج. قال في المدونة: إلا أن يطلب منها ما لا يشبه من الكراء فلها الخروج ولرب الدار إخراجها. وقيده عياض بما إذا كان إخراجهم لحاجة لهم بالدار من سكنى أو بناء وشبهه، قال: هكذا فسره ابن كنانة في المدونة والمبسوط، قال: وليس لرب الدار إخراجها إلا لعذر مجحف مخافة على داره إن تركت فيها، وليس لهم أن يتزايدوا عليها في الكراء، والسكنى لها بالكراء الذي كان يتكاراه زوجها، ومعنى ذلك عندي أن يكون ذلك من قبل أنفسهم، وأما لو جاء من

يكتريها بأكثر فلهم إخراجها إلا أن تلزم الزيادة هي أو الزوج، ولا خلاف أن أهل الدار متى تركوها بكراء مثلها أنه لازم للزوج في الطلاق ولها في الوفاة.

وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ بَيْعُ الدَّارِ إِلا فِي ذَاتِ الأَشْهُرِ، وَفِي الْمُتَوَقَّعِ حَيْضُهَا إِذَا اشْتَرَطَهُ قَوْلانِ

نحوه في الجواهر، وعلل ذلك بأن تأخير القرء والحمل غير معلوم بخلاف الأشهر، وكذلك قرره ابن راشد. والمراد بذات الأشهر الصغيرة واليائسة، وأما المتوفى عنها فستأتي. وإنما جاز هنا لأنه بمنزلة من باع داره واستثنى منفعتها ثلاثة أشهر. والقولان في المتوقع حيضها مبنيان على اعتبار الحال أو الطوارئ، فمن نظر إلى الحال أجاز ومن راعى الطوارئ منع.

وقوله: (**وَفِي الْمُتَوَقَّعِ حَيْضُهَا**) أي: كبنت ثلاثة عشر وخمسين.

وَالْحُكْمُ فِي الْمُتَوَفَّى عَنْهَا الْجَوَازُ، وقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: فَاسِدٌ لِجَوَازِ الرِّيبَةِ

هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: (وقال محمد: فاسد لجواز الريبة) فيكون المراد محمد بن عبد الحكم؛ لأن هذا القول إنما هو معلوم له لا لمحمد بن المواز.

وقوله: (**وَالْحُكْمُ فِي الْمُتَوَفَّى عَنْهَا الْجَوَازُ**) أي: لأن عدتها بالأشهر. وفسر على قول محمد بن عبد الحكم للتعليل الذي ذكره المصنف وهو أنها قد ترتاب فتطول عدتها، وهذه المسألة ذكرها في المدونة في كتاب العدة وكتاب بيع الغرر، وفرضها في بيع الغرماء دار الميت لدين عليه، وفرضها الباجي في بيع دار الورثة.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر كلام المصنف. واعترض بعضهم كلام الباجي لما يوهمه من إجازة بيعهم إياها اختياراً، فقال: إنما أجاز ابن القاسم هذا البيع إذا بيعت للغرماء، وأما إذا أراد الورثة البيع في غير دين فلم ينص عليه ابن القاسم. قال: وعندي أنه غير جائز.

خليل: وفي كلام ابن عبد السلام نظر، وذلك أنه إنما قال هذا الكلام لما تكلم على قول المصنف وليس للزوج بيع الدار، فيوهم أن كلامه في المدونة وقول ابن عبد الحكم في المعتدة بالأشهر، وكلامه في المدونة. وقول ابن عبد الحكم وكلام الباجي إنما هو في المتوفى عنها.

ثُمَّ إِذَا بِيعَتْ وارْتَابَتْ فَقَالَ مَالِكٌ: هِيَ أَحَقُّ بِالْمُقَامِ وأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يَكُونَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ ....

يعني: وإذا فرعنا على المشهور من جواز البيع في المتوفى عنها فارتابت، فقال مالك في الموازية: هي أحق بالمقام؛ أي: إلى منتهى العدة؛ لأن ذلك القدر ملك لها لا يجوز لها ولا لأحد إسقاطه، وللمشتري الخيار للضرر الداخل عليه لو ألزم بالبيع. وقال ابن القاسم في العتبية: لا خيار للمشتري. وقال سحنون: لأنه كالذي دخل عليه. ولهذا لم يجزم مالك بالخيار فيما حكاه المصنف عنه بل قال: وأحب. وذكره الباجي على أنه من لفظه في المدونة، وعن سحنون أيضاً أن الخيار للمشتري.

وَالْبَيْعُ بِشَرْطِ زَوَالِ الرِّيبَةِ فَاسِدٌ خِلافاً لِسَحْنُونٍ

يعني: والبيعُ بشرط المشتري على البائع أن لا [٤١٢/ أ] تكون له ريبة أو تكون وتزول في زمن العدة، وإن استمرت فلا بيع بيننا - فاسدٌ، وهكذا في الواضحة، وهو اختيار ابن المواز، ولعل سحنوناً قاس ذلك على اشتراط ري الأرض فإنه جائز إذا لم ينقد الثمن، والفرق أن الضرورة ملجئة في بيع الأرض كذلك بخلاف الدار. وزاد الباجي وغيره في قول سحنون: ولا حجة للمشتري ولو تمادت الريبة إلى خمس سنين. وروى نحوه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية.

الباجي: وهو عندي على قول من يرى للمبتاع الخيار في الفرع الذي قبل هذا، وأما على قول من يلزمه ذلك فلا تأثير للشرط. واعترض التونسي قول ابن المواز هنا أن البيع

فاسد، ورآه مخالفاً لقوله بالخيار إذا بيعت الدار واستثنى مقدار العدة ثم حصلت الريبة. قال: لأنه إذا ملك الخيار في الأخذ أو الترك كان أخذه على أن يسكن بالمرأة إلى انقضاء ريبتها كابتداء الشرط على ذلك إلا أن يكون هذا القول على أحد التأويلين فيمن خير بين شيئين فاختار أحدهما، كمن أمر أن يبيع سلعة بعشرة نقداً فباعها بعشرين إلى أجل فأجاز ذلك رب السلعة بعد فواتها.

ابن عبد السلام: ولا كبير اعتراض فيه إذا تأملته. وقال صاحب البيان: لا أدري ما معنى قول التونسي أن ذلك يتخرج على أحد التأويلين؛ إذ لا اختلاف فيها أحفظه، كما أنه لا اختلاف في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل سلعته بعشرة نقداً أو بخمسة عشر إلى أجل على أن البيع لازم له بأحد الثمنين، وإنما يتخرج جواز ذلك على القول بأن من اشترى سلعاً فاستحق منها جلها على العدد فله أن يتماسك بما بقي بما ينوبه من الثمن، وإن كان مجهولاً لا يعرف إلا بعد التقويم. ويحتمل أن يكون معنى قول محمد يخير بين أن يرد البيع أو يتماسك به على أنه بالخيار في الرد ما لم تنقض الريبة لا على أنه يتماسك به على أن البيع لازم له طالت الريبة أم قصرت. وهذا أولى ما حمل عليه قول محمد. انتهى.

ابن عبد السلام: وخرج بعضهم من إجازة بيع هذه الدار لغرماء الميت أن من ترك حاملاً وعليه دين أن عقاره يباع في دينه. وخالف فيه ابن أيمن وقال: لا يباع حتى تضع الحمل. واختلف إذا أوصى بوصية وثم حمل هل يعطى الموصى له الوصية أو حتى تضع؟ واختلف أيضا في المرأة إذا كانت حاملاً وطلبت ثمنها عاجلاً.

عياض: ولو اشترط أقصى ما تمسك النساء للريبة لم يجز النقد. ثم إن ذهبت الريبة بعد هذا الشرط قبل الأجل كانت الدار بقية الأجل للورثة، ولو كان العقد على أن تزول الريبة قربت أو بعدت لم يجز على كل قول للغرر وجهالة وقت قبض الدار.

وَيُبْدِلُهَا الزَّوْجُ فِي الْمُنْهَدِمِ وَالْمُعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ إِذَا انْتَهَتِ الْمُدَّةُ

يعني: أن المعتدة في الطلاق لا في الوفاة إذا اعتدت في ملك في منزل سواء كان له أو لغيره فانهدم، أو اعتدت في منزل معار له أو مستأجر فانتهت مدة الإعارة أو الإجارة فإن الزوج يبدلها غيره. **اللخمي**: ولا خلاف أن العدة لا توجب على المكري والمعير إذا ضربا الأجل مدة سوى العدة التي ملكها الزوج، وكذلك إذا لم يضربا أجلاً ولا يلزم المكري والمعير ما لم يعقده على نفسه. وقال ابن القاسم في المستخرجة في رجل أسكن أخاه منزلاً وطلق المُسكَّنُ زوجته، وقال لها صاحب المسكن: اخرجي، إنما أسكنت أخي. فقال: لا تخرج حتى تنقضي العدة. يريد أن الأخوين يتهمان أن يكونا قصدا إخراج الزوجة خاصةً ليس أن ينتزع العارية من أخيه.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي مَكَانَيْنِ وَلاَ ضَرَرَ أُجِيبَتِ الْمَرْأَةُ

نحوه في المدونة، قال: إلا أن تدعوه إلى ما يضر به لكثرة كراء أو سكنى فتمنع، ولو أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت. ومعنى ضرر السكنى أن تكون في جوار قوم غير مأمونين أو تسكن بالبعد منه ونحو ذلك؛ قاله ابن يونس.

اللخمي: والقول قولها إذا دعت إلى موضع مأمون وكان كراؤه أزيد وتحملت الزيادة.

وقوله: (**فإن أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت**).

ابن يونس: يريد بحيث يعلم أنها معتدة ويبلغه خبرها.

وَامْرَأَةُ الأَمِيرِ الْمُعْتَدَّةُ لا يُخْرِجُهَا الْقَادِمُ فِيهَا

يعني: إذا طلق الأمير امرأته وهي في دار الإمارة فعزل أو مات عنها وقدم آخر قبل انقضاء العدة فليس له إخراج زوجة الأمير السابق حتى تتم عدتها. ولم يجعلوا ما يستحقه

الأمير من السكنى كالأجرة حقيقة، فإنهم لو جعلوها كذلك لما استحقت ما زاد على قدر الولاية، وفي معنى زوجةِ الأميرِ زوجةُ القاضي إذا كان ساكناً في موضع القضاء.

وَفِي الْحَبْسِ حَيَاتَهُ تَسْكُنُ عِدَّتَهَا، وَلَوْ خَمْسَ سِنِينَ لأَنَّهَا مِنْ أَسْبَابِ الْمَيِّتِ

قوله: (**وَفِي الْحَبْسِ حَيَاتَهُ**) أي: العمرى. وقوله: (**تَسْكُنُ عِدَّتَهَا**) أي: سواء كانت عدة طلاق أو وفاة. **اللخمي**: وقولهم في الطلاق ظاهر؛ لأن حق المحبس عليه قائم لوجود حياته، وأما المتوفى عنها فاستحسان لأن الأجل الذي أعطاه هو حياة المحبس عليه، وقد انقضى كالكراء إذا انقضى أجله إلا أن تكون هنا عادة. وقول المصنف: (**وَلَوْ خَمْسَ** [٤١٢/ ب] **سِنِينَ**)، هكذا قال محمد.

اللخمي: وفيه ضرر على المحبس لأنه لم يرد هذا، ودار الإمارة الأمر فيها أوسع لأنها ليست لأحد.

بِخِلافِ سِنِينَ مَعْلُومَةٍ

يعني: فليس لها أن تزيد عليها وهو ظاهر.

وَكَذَلِكَ حَبْسُ مَسْجِدٍ بِيَدِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْعَطَّارِ: لَيْسَ حَبْسُ مَسْجِدٍ بِيَدِهِ كَالْمُحَبَّسِ عَلَيْهِ ....

يعني: فليس للإمام الجديد أن يخرجها في مدة العدة، وهكذا قال ابن شبلون. وذكر ابن عات أنه الذي جرى عليه العمل بقرطبة، ولكن أكثر الشيوخ كعبد الحق والباجي وابن زرقون وابن رشد وغيرهم يقتصرون على ما قاله ابن العطار ويفرقون بينه وبين مسألة الأمير، فمنهم من فرق بأن سكنى الإمام على معنى الإجارة بخلاف الإمارة، وإلى هذا ذهب عبد الحق والباجي وغيرهما، ومنهم من قال لأن أجرة الإمام مكروهة، وإليه ذهب ابن المناصف، ومنهم من قال لأن امرأة الأمير لها حق في بيت المال، ودار الإمارة

من بيت المال بخلاف دار المسجد، وإليه ذهب ابن رشد. وقال ابن زرقون: الذي قاله ابن العطار مقصور على ما إذا كانت الدار حبساً على المسجد حبساً مطلقاً، وأما إن حبست على أئمة المساجد فإن الإمام إذا مات لا تخرج زوجته حتى تنقضي العدة كما في دار الإمارة.

خليل: وإنما يقصد الناس في زماننا هذا في أئمة المساجد الإجارة فيقوى قول ابن العطار. ولعل القول الأول مبني على الغالب من عادتهم في الزمان المتقدم من الاحتساب في ذلك.

وَلأُمِّ الْوَلَدِ - تُعْتَقُ، أَوْ يَمُوتُ عَنْهَا - السُّكْنَى

هذا مذهب المدونة. وقوله: (**السُّكْنَى**) أي: مدة استبرائها بالحيضة؛ لأنها في حقها كالعدة. وكذلك إن قلنا هي استبراء محض لأنها محبوسة بسببه. وقال في الموازية: لا سكنى لأم الولد ولا عليها. وروى أشهب: ذلك لها، وعليها من غير إيجاب. وقال ابن القاسم: إن كانت حاملاً فلها السكنى إن أعتقها، وإن لم تكن حاملاً فلا سكنى لها. هكذا حكى اللخمي، وحكى غيره قولاً آخر بأن السكنى حق لها إن شاءت أخذته وإن شاءت تركته. قال: وقيل: تركها مكروه.

وَلَهَا فِي الْعِتْقِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَالسُّكْنَى

لو سكت عن قوله: (**وَالسُّكْنَى**) لكان أحسن لأنه قد قدمه وكأن لها النفقة لأجل الحمل.

وفهم من قوله: (**وَلَهَا فِي الْعِتْقِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ**) أنه ليس لها ذلك في الموت، وكذلك نص عليه ابن القاسم وأشهب وأصبغ؛ لأن الحمل وارث فلم تكن له نفقة كما لو توفي عن الزوجة حاملاً. **ابن عبد السلام**: وحمل بعضهم على المدونة قولين في وجوب النفقة لها في الوفاة إذا كانت حاملاً. فقال ابن القاسم: لها النفقة. وقال غيره وهو عبد الملك: لا نفقة لها. وليس في لفظ التهذيب عندي ما يقتضي أن ابن القاسم يقول بوجوب النفقة لها فتأمله فيه. وقال ابن محرز: إذا كانت قد ولدت قبل ذلك من سيدها رجوت أن لا يختلف ابن القاسم وعبد الملك في أن لا نفقة لها.

وَلِلْمُرْتَدَّةِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَالسُّكْنَى

قال في التهذيب: وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى ما دامت حاملاً، فإن لم تكن حاملاً لم تؤخر واستتيبت، فإما أن تقتل أو ترجع إلى الإسلام فيكون ذلك طلقة بائنة ويكون لها السكنى. وقال ابن اللباد: ليس لها السكنى إن لم تتب؛ لأنها تسجن حتى تضع. فغير البرادعي لفظها لما يعتقده من معناها، ولفظه في الأمهات: قلت أرأيت المرتدة أيكون لها النفقة والسكنى إن كانت حاملاً ما دامت حاملاً. قال: نعم؛ لأن الولد يلحق بأبيه فمن هناك لزمته النفقة. فقال بعضهم: إنما وقع ذكر السكنى في السؤال لا في الجواب، وإنما أجاب عن النفقة فقط، ألا ترى إلى تعليله بلحوق الولد ولم يجب عن السكنى إذ هي محبوسة على ما قاله ابن اللباد. واختصرها المختصرون على أن النفقة والسكنى لها لقوله: نعم في أول الجواب بعد السؤال عنها. وقيل: معنى هذه السكنى أنه غفل عن سجنها. **عياض**: وقد يقال ذلك إذا كان الموضع الذي يعتقل فيه يطلب عندهم كراؤه.

فرع:

اللخمي: إذا قال الزوج: حاضت قبل الردة ولم أصبها استتيبت، فإن تابت وإلا قتلت.

وإن قال الزوج لم تحض بعد أن أصبتها وأشكل أمرها هل هي حامل أم لا كان من حق الزوج أن تؤخر حتى تحيض أو تمر لها ثلاثة أشهر من يوم أصاب، فإن لم يظهر حمل قتلت، وهذا لحق الزوج في الماء، فإن أسقط حقه في ذلك ولم يمض للإصابة أربعون يوماً لم تؤخر؛ لأن الماء حينئذ لم يخلق منه ولد، وإن مضى له أربعون يوماً لم يعجل بقتلها لإمكان أن يكون الولد قد صار علقة، فلا يجوز قتلها حينئذ كما لا يجوز للأم أن تشرب ما تسقطه به. ولو زنت ولا زوج لها رجمت إذا لم تمض لها أربعون يوماً ولا تؤخر، فإن مضت لها أربعون يوماً أخرت حتى يظهر أمرها، وإن أخرت الزوجة حتى ينظر هل هي حامل لم يكن على الزوج في ذلك نفقة عند ابن القاسم؛ لأن ارتدادها طلقة بائنة، ولا عند

أشهب وعبد الملك وإن كانا يريان أن الطلاق مترقب، فإن أسلمت كانت على الزوجية من غير طلاق؛ لأنها فعلت فعلاً منعت به نفسها، [٤١٣/أ] فإن تبين حمل أنفق في المستقبل وأتبعته بالماضي، وتبيت في بيتها على القول بأن الارتداد طلاق ويتحفظ بها فيه، وعلى القول أنه فسخ أو مترقب فإن رجعت إلى الإسلام كانت على الزوجية، فيستحب نقلها إلى موضع تعتد فيه.

وَكَذَلِكَ كُلُّ مَنْ تُحْبَسُ بِسَبَبِهِ فِي السُّكْنَى، وَنَفَقَةُ الْحَمْلِ كَفَسْخِ النِّكَاحِ لإِسْلامِ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الْبِنَاءِ، وَكَمَنْ نَكَحَ مَحْرَماً ولَمْ يَعْلَمْ وبَنَى ....

هكذا في المدونة أن كل امرأة حبست بسبب شخص في عدة أو استبراء لها السكنى، وإن حصل حمل كانت لها نفقته.

وليس ما قاله في النفقة على إطلاقه، فإن حمل الأمة من حر أو عبد، وحمل الحرة أو الأمة من عبد لا نفقة له، وكذلك حمل الملاعنة، وظابطه كل حمل لو وضعته وجبت نفقته على أبيه فلها عليه النفقة وإلا فلا. وذكر المصنف للضابط الذي ذكره ثلاثة أمثلة:

الأول: إذا فسخ النكاح لإسلام أحد الزوجين بعد البناء فإنه يجب للمرأة السكنى ونفقة الحمل إن كان، وقوله: (**بَعْدَ الْبِنَاءِ**) يعني وأما قبله فلا لعدم العدة.

الثاني: إذا نكح محرما ولم يعلم وبنى فإن لها السكنى في مدة الاستبراء ونفقة الحمل إن كان. وقيد ذلك بعدم العلم لتتم الشبهة وإلا فلو كان عالماً وهي لم تعلم كان لها أيضاً عليه السكنى ولم يكن لها عليه نفقة الحمل لعدم لحوق الحمل. ثم أشار إلى المثال **الثالث** بقوله:

وَفِي الْغَالِطِ بِغَيْرِ الْعَالِمَةِ ذَاتِ زَوْجٍ قَوْلانِ

ابن هارون وابن راشد: لم أقف على ما حكاه المصنف. وقال **ابن عبد السلام**: يعني إذا غلط بامرأة أجنبية يظنها زوجته أو أمته فوطئها فلا حد عليه، وتستبرأ الحرة بثلاث حيض فإن

حملت منه كان لها عليه النفقة والسكنى، ولا أعلم في هذا خلافاً في المذهب. وظاهر كلام المؤلف أنه مختلف فيه فانظره. واختلف المذهب إذا لم تحمل وكانت زوجاً لآخر هل تجب نفقتها على نفسها أو على واطئها؟

وَلامْرَأَةِ الْمَفْقُودِ خَبَرُهُ دُونَ امْرَأَةِ الأَسِيرِ أَنْ تَرْفَعَ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ فَيُؤَجِّلُ الْحُرُّ أَرْبَعَ سِنِينَ، وَالْعَبْدُ سَنَتَيْنِ مُنْذُ يَعْجِزُ عن خَبَرِهِ بَعْدَ الْبَحْثِ، ثُمَّ تَعْتَدُّ كَالْوَفَاةِ ....

فقد الشيء عدمه، ومراده المفقود في بلاد المسلمين احترازاً من الأسير فإن حكمه سيأتي، ومعنى كلامه أن لامرأة المفقود أن ترفع أمرها سواء كانت مدخولاً بها أم لا إلى الحاكم. وأطلق في (**الْحَاكِمِ**) فيشمل الخليفة ووالي البلد والقاضي. قال في المدونة: ويجوز ضرب ولاة المياه وصاحب الشرطة الأجل للعنين والمفقود.

أبو الحسن: والمراد بولاة المياه السعاة لأنهم يبعثون عند حصول المياه.

القابسي وأبو عمران: وإن كانت في موضع لا حاكم فيه رفعت أمرها إلى صالحي جيرانها وكشفوا عن خبر زوجها وضربوا لها الأجل؛ لأن فعل الجماعة كحكم الإمام. وقال سحنون: لا يجوز كتاب ولاة المياه إلى قضاة الأمصار الكبار من سائر البلدان. وأنكر ما ذكر عن مالك أن والي المياه يضرب أجل المفقود وهو لا يضرب إلا بعد أن يكتب إلى البلدان، وولاة المياه لا يجوز أن يكتبوا إلى البلدان، فعلى هذا قيل: لا يضرب لها الجيران.

اللخمي: والمعروف من المذهب أن الكشف عن خبره إلى سلطان بلده وإن تولى ذلك بعض ولاة المياه، والمفقود منهم أجزأ. وقال أبو مصعب: لا يجوز في ذلك حكم سلطان إلا الخليفة الذي تمضي كتبه في الدنيا.

ابن عبد السلام: وجعله بعضهم كقول سحنون. وقال ابن الماجشون: إذا كان الإمام الأعظم حاضراً لم يضرب غيره. وقال غير واحد: إذا رفعت المرأة أمرها إلى الحاكم كلفها

إثبات الزوجية والغيبة، فإذا أثبت ذلك سأل زوجته وأقاربه وإخوانه وأهل محلته وسوقه، فإن كان عندهم علم أنه كان يريد بلداً كتب إلى ذلك البلد الذي كان يظن أنه فيه، وإلا كتب إلى بلد الجامع إن لم يظن أنه في بلد بعينه ويعرفه في كتابه باسمه وصفاته ومتجره، ويكتب هو إلى نواحي بلده، وإن كان مطلوباً بدم أو آبقاً لم يقتصر في الكتب على الجهة التي خرج إليها؛ لأن هذا ينتقل ولا يستقر في بلد بعينه، فإذا جاء الجواب بعدم العلم ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام للحر. واختلف في العبد، فالمشهور ما ذكره المصنف أن أجله نصف أجل الحر كالإيلاء والطلاق. **ابن عبد السلام**: وقيل: أجله كالحر.

خليل: وتنصيف الأجل هنا وفي الاعتراض والإيلاء مشكل، والأظهر الشاذ في الجميع.

وقوله: (**مُنْذُ يَعْجِزُ عن خَبَرَهُ**) هو المشهور. وقال ابن عبد الحكم: من يوم الرفع، وعليه فلا يكتب إلى البلدان ويضرب له الأجل إذا ثبتت الزوجية والغيبة. وقاله ابن عبد الحكم، وزاد: إلا أن يبلغ سن التعمير. والأصل في التحديد بالأربع سنين ما في الموطأ عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «**أيما امرأة فقد زوجها فلم تدرِ أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشر ثم تحل**».

عبد الوهاب: وأجمع الصحابة عليه لأنه روي أيضاً عن عثمان وعلي وجماعة من التابعين ولم يعلم لهم في عصر الصحابة مخالف. قيل: وحد بالأربعة لأنها [٤١٣/ ب] غاية الحمل. وقيل: لأنها المدة التي تبلغها الكتابة في بلدان الإسلام ذهاباً وإياباً. وقيل: لا علة لذلك إلا الاتباع لقول عمر. **اللخمي**: وهو أحسن. واستضعف الأول لقول مالك: أنها لو أقامت عشرين سنة فإنها تستأنف الأجل. ولقولهم إذا كانت الزوجة صغيرة أو الزوج صغيراً أنه يضرب له الأجل وليس هناك ما يخشى منه الحمل، وكذلك إذا كانت يائسة، ولأنه لو كان مبنياً على أكثر الحمل لاختلف فيه على الخلاف.

واستضعف أيضاً الثاني لقول مالك أنها تستأنف الأربعة من بعد الإياس. وقيل: إنما ضرب له أربعة أعوام؛ لأنه جهل إلى أي ناحية سار من الأربع جهات. وهذا لا معنى له.

وقوله: (**ثُمَّ تَعْتَدُّ كعدة الْوَفَاةِ**) لقول عمر المتقدم.

ابن عبد السلام: ومن أهل المذهب من ألزمها أقصى الأجلين، وأجراه بعضهم على الخلاف في لزوم الإحداد ولم يبينوا هل هي حيضة واحدة. وهذا إن أراده فقريب كما تقدم في الذي علمت وفاته أو هي ثلاث حيض، ولا يحتاج إذا انقضى الأجل إلى إذن الإمام لها في العدة ولا بعد انقضائها إلى إذنه في التزويج. عبد الوهاب: لأن إذنه حصل بضرب الأجل.

تنبيه:

ما تقدم من أن العبد الآبق والمطلوب بدم لا يقتصر في حقهما على الكتب إلى جهة واحدة، يدل على أن حكمهما حكم المفقود، وقد نص محمد على ذلك. وكذلك قال مالك فيمن أخذ متاع زوجته وهرب أنه: يضرب له أجل المفقود.

وقال اللخمي: أرى أن يطلق على هؤلاء عند رجوع الكشف بعدم العلم بخلاف المفقود لأنهم فروا اختياراً، ومعلوم أنهم قاصدون التخلف عن الرجوع وحالهم بين ميت ومختار للإقامة.

فرعان:

الأول: إنما يضرب له الأجل المتقدم إذا كان له مال ينفق عليها منه وإلا فحكمها حكم زوجة المعسر بالنفقة.

الثاني: إذا غاب عن أم الولد سيدها وطلبت أن يضرب لها أجل لم تمكن من ذلك، وتبقى إلى انقضاء تعميره فتعتق عليه. نقله ابن راشد.

فَإِنْ جَاءَ أَوْ ثَبَتَتْ حَيَاتُهُ قَبْلَ تَزْوِيجِهَا فَامْرَأَتُهُ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ لِلثَّانِي، وَفِي رُجُوعِ الأَوَّلِ غَيْرِ الدَّاخِلِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ رِوَايَتَانِ، وَقَبْلَ الدُّخُولِ قَالَ مَرَّةً: الْعَقْدُ فَوْتٌ. ثُمَّ رَجَعَ ....

يعني: أن الحكم نافذ لها ما لم يتبين خلافه، وأما إن تبين خلافه فذلك على أربعة أوجه: **الأول**: أن يجيء أو يتبين حياته وهي إلى الآن في العدة، فلا خلاف أنها زوجته. **الثاني**: أن يتبين ذلك بعد خروجها من العدة وقبل أن يعقد عليها، فالمعروف من المذهب عدم فواتها كالأول. وذكر ابن عيشون الطليطلي عن ابن نافع أنها تفوت. قال في المقدمات: وهو بعيد؛ لأن الحاكم إذا حكم باجتهاد ثم تبين له أو لغيره أنه أخطأ في حكمه خطأً متفقاً عليه نقض ذلك الحكم بإجماع. فلو قيل على قياس هذا أنها له ولو دخل بها الزوج الثاني كالمنعي لها زوجها لكان له وجه في القياس، ولكنهم لم يقولوا ذلك، فأين هذا من قول ابن نافع، إلا أنه يشبه ما روي عن مالك فيمن خرص الخارص عليه في نخلة أربعة أوسق فوجد فيها خمسة أنه يعمل على ما خرص.

أبو عمران: وتآليف ابن عيشون مختلفة، ونقله ضعيف. وروى اللخمي مثل قول ابن عيشون، قال: لأن الحاكم أباحها للأزواج مع إمكان حياته، وما كشف الغيب أكثر مما كان يظن. وقول المصنف: فإن جاء أو ثبتت حياته قبل تزويجها فامرأته، يشمل هذين الوجهين الوجهُ الثالث أن يدخل بها الثاني والحكم أنها تفوت على الأول وتكون للثاني. وإلى هذا أشار بقوله: وبعد الدخول للثاني.

اللخمي: ولم يختلف قول مالك أن الدخول فوت. وخرج فيها قول بعدم الفوت بالدخول على أحد القولين في النصرانية تسلم وزوجها غائب، فإن ابن الماجشون قال: إن ثبت أنه أسلم قبلها أو بعدها في العدة كان أحق بها وإن ولدت من الثاني.

ابن راشد: وفيه نظر؛ لأن امرأة المفقود اجتهد لها الحاكم بعد الكشف وضرب الأجل وأذن لها في النكاح بخلاف النصرانية تسلم.

فرع:

فإن دخل بها الثاني في نكاح فاسد فالأول أحق بها إن فسخ بغير طلاق لا إن فسخ به. نص عليه الباجي وغيره.

قوله: (**وَفِي رُجُوعِ الأَوَّلِ غَيْرِ الدَّاخِلِ**.... إلخ).

اعلم لولا أنه اختلف إذا فقد الزوج قبل البناء وضرب الحاكم الأجل، وفرق بينهما سواء تزوجت أم لا، فعن مالك أنها تعطى جميع الصداق، وبه قال سحنون.

ابن بطال: وبه القضاء. وفي الجلاب أنها تعطى نصف صداقها فقط، فإن ثبتت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها، وكذلك إن مضى عليها من السنين ما لا يحيى إلى مثله. وقاله عبد الملك وابن دينار.

وقال جماعة: إن لم تكن قبضته لم تعط إلا نصف صداقها، وإن كانت قبضته لم ينزع منها. وقيل: لا تأخذ النصف إلا بعد إلزامه الطلقة، وذلك عند عقد الثاني أو عند دخوله على الخلاف. **ابن محرز**: والقياس أن يكون لها النصف إلا على مذهب من يرى أن المرأة تستحق الجميع بالعقد. وعلى أنها تأخذ الجميع فقال مالك: يعجل لها [٤١٤/ أ] المعجل ويبقى المؤجل إلى أجله. وقال سحنون: بل يعجل لها الجميع.

ومنشأ الخلاف أن هذه المرأة فيها شائبتان، شائبة الموت بدليل أنها تعتد عدة الوفاة، وشائبة الطلاق بدليل أن دخول الثاني يوقع على الأول طلقة، فمن غلَّب الشائبة الأولى أوجب لها الجميع، ومن غلب الثانية لم يوجب لها إلا النصف.

وكلام المصنف مبني على القول بأنها لا تأخذ الجميع؛ لأن ذكره الخلاف في رجوع الأول بنصف الصداق فرع عن أخذها الجميع. والروايتان اللتان حكاهما المصنف

حكاهما ابن الجلاب وهما مرويتان عن ابن القاسم، والذي رجع إليه أنها لا ترد شيئاً كالميت. والمعترض بعد التلوم، قيل: وبه العمل لأنه حكم مضى. وقال ابن راشد: الأول أصح. وهو اختيار اللخمي لأنه طلاق قبل الدخول، والفرق بينه وبين المعترض أن المعترض قد استمتع بها وأخلف شورتها.

الوجه الرابع: أن تتبين حياته أو موته بعد عقد الثاني وقبل دخوله، ففيه القولان اللذان حكاهما المصنف بقوله: (**قَالَ مَرَّةً: الْعَقْدُ فَوْتٌ. ثُمَّ رَجَعَ**). وبالفوات قال المغيرة وابن كنانة وابن دينار، وبعدمه قال ابن القاسم وأشهب. قال في الكافي: المرجوع إليه أصح من طريق الأثر. وليست مسألة نظر لأنا قلدنا فيها عمر رضي الله عنه.

فرع:

أبو عمران: وإذا اعتدت أو مضى بعض العدة لم يكن لها أن ترجع إلى عصمته، وقد وجبت عليها العدة والإحداد، فليس لها أن تسقط ما وجب عليها باختيارها، وأما في الأربع سنين فلها ذلك لأنها لم تجب عليها عدة. قال: ومتى رجعت بعد ذلك أبتدأ لها الضرب. أبو بكر بن عبد الرحمن: وإذا ضرب لها الأجل واعتدت ثم أرادت أن تبقى على عصمة المفقود فليس لها ذلك؛ لأنها قد صارت مباحة للأزواج فلا حجة لها أن لو قدم كان أملك بها لأنها إنما أمرت بالعدة للفراق فتجري على ذلك حتى تظهر حياته، ألا ترى أنها لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها ميراث، وإن كان لو علمت حياته ردت إليه.

وَعَلَيْهِمَا لَوْ ثَبَتَ مَوْتُهُ بَيْنَهُمَا، بِخِلافِ مَا قَبْلَهُمَا فَإِنَّهَا كَغَيْرِهَا

يعني: وعلى القولين في فواتها بالعقد إذا ثبت أنه مات بينهما؛ أي: بعد العقد وقبل الدخول. فإن قلنا أن العقد مفيت مضت زوجة للثاني، وإن قلنا ليس بفوت فسخ لأنه تزوج زوجة الغير. وبالجملة موته كقدومه بخلاف ما لو ثبت موته قبل العقد والدخول، فإن هذه المرأة كغيرها من النساء، فإن عقد الثاني بعد خروجها من عدة الأول صح نكاحه، وإن عقد قبل خروجها من العدة فهو كالنكاح فيها، وإليه أشار بقوله:

وَفِيهَا: لَوْ ثَبَتَ أَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ فِي عِدَّةِ مَوْتِ الأَوَّلِ فَنِكَاحٌ فِي عِدَّةٍ يُفْسَخُ، وَتَحْرُمُ بِالدُّخُولِ أَبَداً ....

تصوره ظاهر. وقوله: (**وَتَحْرُمُ بِالدُّخُولِ**) أي: في العدة، وأما لو لم يدخل إلا بعد العدة لجرى على الخلاف المتقدم في باب النكاح. ولعل المصنف نسب المسألة للمدونة لإشكالها، وذلك أن الزوج الثاني استند في عقده إلى حكم حاكم فلم يستعجل وليس هنا اختلاط أنساب فكان تأبيد التحريم مشكلاً، ولهذا روى البرقي عن أشهب أنه إذا دخل بها الثاني في عدة الأول لم يفسخ نكاحه وثبت ولم تحرم عليه.

ابن المواز: ولو دخل بها الثاني ثم علم أن المفقود مات قبل دخول الثاني فنكاح الثاني مفسوخ لأنه كالناكح في العدة؛ إذ مر لها زمان العدة وهي معقود عليها كالرامي من الحل تخرق رميته الحرم ويصيب في الحل.

ابن يونس: وقد تقدم لابن المواز ما يدل على خلاف هذا، قال: إذا اعتدت المنعي لها زوجها وتزوجت ودخل بها ثم تبين أن الأول مات بعد عقد الثاني وقبل دخوله فليفرق بينهما ويؤمر بالتورع عنها، وهي أخف ممن نكح في العدة ودخل بعدها، وهي كمن واعد في عدة ونكح بعدها؛ لأنه عقد نكاحها وهي ذات زوج فعقده كلا عقد، فليتنزه عنها أحب إلي.

ابن يونس: وما تقدم أقيس لأنه عقد لو قدم بعد الدخول فيه لم ترد إليه وليثبت ذلك العقد. وإن كانت يوم العقد ذات زوج فإذا مات الأول قبل دخول الثاني فقد صادفتها العدة وهي معقود عليها فهي كمن عقد في العدة ودخل بعدها، أصله الرامي من الحل تخرق رميته الحرم ثم يصيب في الحل، والله أعلم.

وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَ الْعَقْدِ وَرِثَتْهُ، وَبَعْدَ الدُّخُولِ لَمْ تَرِثْهُ، وَفِيمَا بَيْنَهُمَا الْقَوْلانِ

لأنه إذا مات قبل العقد فهي زوجة، ويأتي على ما حكي عن ابن نافع أنها لا ترثه إذا خرجت من العدة، فإذا ثبت أنه مات بعد دخول الثاني فليست له زوجة؛ لأنها فاتت على

الأول بالدخول. وإن مات بعد عقد الثاني وقبل دخوله فالقولان، فعلى الفوات لا ترث منه، وعلى مقابله ترث. اللخمي: وإن جهلت التواريخ وقد دخل الثاني لم يفسخ نكاحه ولم ترث الأول؛ لأنه لا يفرق بينها وبين الثاني بالشك، ولا ترث الأول أيضاً بالشك.

وَعَلَى الثَّانِي: لا يَقَعُ الطَّلاقُ إِلا بِالدُّخُولِ

يعني: وعلى قول مالك المرجوع إليه من أنها لا تفوت إلا بالدخول لا يقع طلاق على الأول إلا بدخول الثاني، وأما على الفوات بالعقد فالطلاق [٤١٤/ ب] يقع بنفس العقد، ابن رشد، واختلف متى تقع الطلقة عليه، فقيل: أنها تقع عليه بالدخول أو بالعقد على الاختلاف في ذلك، وقيل: إنها تقع عليه يوم أبيحت للأزواج ويكشف ذلك العقد أو الدخول، وفائدة هذا الاختلاف، لو كان هذا الأول طلقها اثنتين ثم تزوجت وقدم زوجها الأول بعد أن دخل بها هذا الثاني، هل يحلها هذا الزوج للقادم أم لا؟ والظاهر أنها تحل بفراغ العدة ولو كان الطلاق إنما يقع بعقد الثاني أو بدخوله لكان نكاحه فاسداً.

وَلَوْ طَلَّقَهَا الثَّانِي بَعْدَ الدُّخُولِ وَكَانَ الأَوَّلُ طَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ لَحلَّتْ لَهُ، أَصْبَغُ: لا تَحِلُّ بِذَلِكَ لأَنَّهَا لَمْ تُنْكَحْ بَعْدَ الطَّلاقِ، وَرَدَّهُ اللَّخْمِيُّ

يعني: لو كان المفقود طلقها طلقتين قبل فقده ثم فقد وأباح لها الحاكم التزويج وتزوجت ثم طلقها الثاني بعد دخوله، فهل تحل للمفقود قبل زوج وهو قول مالك وبه قال أشهب، وقال أصبغ: لا تحل، وصوبه أبو عمران بما حكاه المصنف عن أصبغ بقوله: (**لأَنَّهَا لَمْ تُنْكَحْ بَعْدَ الطَّلاقِ**)، يعني أن الطلقة الثانية إنما تقع بدخول الثاني ولم يحصل بعدها نكاح وحليتها موقوفة على حصول نكاح بعد الثلاث، ورده اللخمي بما تقدم من أن الظاهر أن الطلاق وقع قبل العقد وقبل الدخول وإلا لزم فساد النكاح.

فرع:

محمد: ولو قدم المفقود بعد أن خلا بها الثاني، فقال للأول: ما قربتها؛ لحرمت على الثاني، لأنه أقر أنها زوجة للأول، ولم تحل للأول لظهور الإفاتة إلا أن يخطبها بعد ثلاث حيض، وجعل اعترافه كالطلاق، وإن لم يطلق فتحل لذلك الزوج ولا تحل لغيره وإن اعترفت أن الثاني لم يصبها لأنها مقرة أنها زوجة للأول، وإن ادعت أنه أصابها حلت له ولغيره لأنه يعد ذلك منه طلاقاً، وإن أنكرت أن يكون أصابها ولم يصدقها الأول ولا راجعها كان لها أن ترفع أمرها إلى السلطان فيطلقها على الأول لأنها تقول: لا أبقى بغير نفقة؛ ولو أنفق عليها لكان لها أن تقوم بعدم الإصابة لأن إنكار الأول أن تكون صدقت؛ وقوله أولاً: لا علم عندي لا يكون طلاقاً.

وَالَّتِي تَعْلَمُ بِالطَّلَاقِ وَلَا تَعْلَمُ بِالرَّجْعَةِ كَذَلِكَ

يعني: أن من طلق امرأته طلاقاً رجعياً فاعتدت وتزوجت غيره، فأثبت هو أنه ارتجعها قبل نكاح الثاني فكذلك، أي إن اطلع على ذلك قبل دخول الثاني **فالأول** أحق على قول مالك، **الثاني**: وإن دخل فالثاني أحق بها، ورأى اللخمي أنها لا تفوت بالدخول، وفرق بينها وبين امرأة المفقود بأن هذه لم يكن فيها قضية من حاكم.

وفي قوله: (**كَذَلِكَ**) إشارة إلى إجراء حكم هذه المسألة على المتقدمة في الميراث، وبذلك صرح في المدونة، عبد الملك: وهذا إذا أقام بينة أنه ارتجع قبل عقد الثاني، وأما قوله بعد عقد الثاني ارتجعت قبل عقده فلا يقبل.

مالك: وإن كان حاضراً فلم يعلمها برجعته ورآها تزوجت ودخلت فإنها تمضي زوجة.

اللخمي: وليس ببين لأنه لو رأى أن الزوجة تزوجت ولم ينكر عليها لم يكن ذلك طلاقاً.

ابن عبد السلام: وكلام اللخمي ظاهر إن قامت له بينة أنه ارتجع قبل ذلك، وهو الذي أراد كما قاله عبد الملك. **خليل**: وقد يجري ما قاله مالك في هذه المسألة على أحد الأقوال فيمن

باع زوجته أو زوجها إلا أن يقال أنه إذا باعها أو زوجها فعل فعلاً محققاً يدل على تمليكها لغيره بخلاف هنا فإنه سكت وهو أضعف.

وَأَمَّا الْمَنْعِيُّ لَهَا زَوْجُهَا تَتَزَوَّجُ فَيَقْدَمُ فَلَيْسَتْ كَامْرَأَةِ الْمَفْقُودِ عَلَى الْمَشْهُورِ، بَلْ تُرَدُّ وَلَوْ وَلَدَتِ الأَوْلادِ إِذْ لاَ حُجَّةَ لَهَا بِاجْتِهَادِ الإِمَام ....

عياض: يقول الفقهاء: المنعَى بضم الميم وفتح العين، وهو عند أهل العربية خطأ، وصوابه عندهم المنعِيُّ بفتح الميم وكسر العين وتشديد الياء، وهي التي أخبرت بموت زوجها فاعتمدت على الأخبار وتزوجت ثم قدم زوجها، فالمشهور وهو مذهب المدونة أنها ترد إلى الأول، والفرق بينها وبين المفقود عنها ما ذكره المصنف بقوله: (**إِذْ لاَ حُجَّةَ لَهَا بِاجْتِهَادِ الإِمَام**)، وقال القاضي إسماعيل، وأبو عمران: أنها كامرأة المفقود في اختلاف قول مالك، وتتنزل البينة منزلة حكم الحاكم لامرأة المفقود هكذا ذكرها ذا القول صاحب تهذيب الطالب، وظاهره أنه يختلف إذا عقد عليها الثاني ولم يدخل، وقال ابن راشد: إن لم يدخل الثاني بها فهي للأول اتفاقاً، قال: وفي المسألة ثلاثة أقوال: **الأول**: أنها تفوت بالدخول، قاله مالك في كتاب القاضي إسماعيل، **والثاني**: أنها لا تفوت وترجع إلى الأول وهو قول محمد، وسواء حكم بموته حاكم أم لا، وهو المشهور، **وثالثها**: التفرقة فإن حكم بموته حاكم فاتت وإلا لم تفت، قاله القاضي إسماعيل.

ابن عبد السلام: والأقرب أن البينة إن كانت رفعت إلى القاضي فقبلها أو عدلت عنده فهي كامرأة المفقود، وإن كانت اعتمدت هي على أخبار البينة دون رفع القاضي فليست كامرأة المفقود، وإذا فرق بينها وبين الآخر على المشهور، ففي المدونة لا يقربها الأول حتى تحيض أو تضع حملها إن كانت حاملاً، وتعتد في بيتها الذي كانت تسكن فيه مع الآخر ويحال بينه وبين الدخول [٤١٥/ أ] عليها.

عياض: ولا إشكال في منع مائه زرع غيره، وأما ما عداه من الاستمتاع فمباح لأنها زوجته، وإنما حبست عنه لأجل اختلاط النسبين كما لو استبرأها من زنا أو غصب، وبدليل لو كانت المغصوبة ظاهرة الحمل من زوجها لجاز له وطؤها إذ الولد ولده عند ابن القاسم وغيره، وكرهه أصبغ كراهة تنزيه لا تحري.

أَبُو عِمْرَانَ: وَلَوْ ثَبَتَ مَوْتُهُ عِنْدَهَا بِرَجُلَيْنِ فَتَزَوَّجَتْ، وَلَمْ يَظْهَرْ خِلافُهُ لَمْ يُفْسَخْ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَا غَيْرَ عَدْلَيْنِ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ إِلاَّ بِقَوْلِهَا فَإِنَّهُ يُفْسَخُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ عَلَى الصِّحَّةِ حُكِمَ بِهِ، وَفُسِخَ كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ

قوله فيما نقل عن أبي عمران (**فَتَزَوَّجَتْ**) لا يؤخذ منه جواز ذلك ابتداء، ونقل عنه ابن يونس وغيره أنه يجوز لها أن تتزوج بخبر العدلين وليس عليها أن ترفع إلى الحاكم ولا يفسخ.

أبو عمران: وإنما يفسخ إذا كانت البينة غير عدول أو لم يعلم ذلك إلا من قولها إذ ليست على صحة من استباحتها.

قوله: (**ثم إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ**) أي النكاح المفسوخ (**وَقَعَ عَلَى الصِّحَّةِ**) لثبوت موت الزوج الأول أو طلاقه أو انقضاء العدة منه، فإن هذه المرأة ترد إلى الذي فسخ نكاحه ويفسخ ما بعد ذلك ولو تعددت الأنكحة، وإلى ذلك أشار بقوله: (**وَفُسِخَ كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ**).

ابن عبد السلام: وليس هذا موضع قوله (**كُلُّ عَقْدٍ بَعْدَهُ**)، وإنما يحسن مثل هذه العبارة في البيوع، أي لأنها لا تكون إلا في عصمة زوج فكان ينبغي أن يقول: وفسخ ما بعده.

وَكَذَلِكَ لَوْ تَزَوَّجَتِ امْرَأَةُ الْمَفْقُودِ فِي الْعِدَّةِ، ثُمَّ ثَبَتَ أَنَّهُ وَقَعَ عَلَى الصِّحَّةِ فَقِسْ عَلَيْهِ ....

هذا أيضاً من كلام أبي عمران، ومعناه إذا تزوجت امرأة المفقود في أثناء العدة ففسخناه، ثم ثبت أن المفقود عنها انقضت عدتها منه إما من وفاة أو طلاق قبل أن يتزوجها الثاني فإنا نردها إلى الثاني ولو تزوجت زوجاً ثالثاً ودخل بها كالمنعي لها زوجها.

فرع:

لو تزوجت في العدة ففسخناه حرمت على الثاني إلا أن يثبت أن الأول حي فلا تحرم عليه، محمد: لأنها صارت زوجة للمفقود بغير طلاق ولا وفاة.

وقوله: (**فَقِسْ عَلَيْهِ**) أي قس على هذه المسألة والتي قبلها ما يشبهها في المعنى كما لو تزوجت امرأة المفقود في الأربعة أعوام وفسخ ثم ثبت أنه على الصحة.

وَسُئِلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ نِسَاءِ مَفْقُودٍ رَفَعَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ كَمَا تَقَدَّمَ فَتَفَكَّرَ ثُمَّ قَالَ: أَرَى إِنْ ضَرْبَ الأَجَلُ لِلْوَاحِدَةِ ضَرْبَ لِجَمِيعِهِنَّ ....

زاد يحيى بن عمر وهو راوي هذه المسألة عن ابن القاسم: وأبى سائرهن.

وكذلك نقل ابن شاس، وهو أحسن من كلام المصنف لاحتمال كلام المصنف أن يكون سائر النساء سكتن، وحكى ابن الفخار وابن يونس عن مالك مثله.

بعض القرويين: كما أن تفليس الواحد للمديان تفليس لسائر الغرماء، وقال أبوعمران: ليس ضرب القاضي الأجل لواحدة ضرب لجميعهن بل حتى ترفع كل واحدة، قال: ولا يحتاج إلى الكشف للمرأة الثانية لأنه قد كشف أول مرة، ابن يونس: وهو واضح.

وَالنَّفَقَةُ فِي مَالِهِ فِي الأَجَلِ دُونَ الْعِدَّةِ

لها النفقة في الأجل لأنها محكوم لها بحكم الزوجة، وأما في العدة فلا نفقة لها لأنها عدة وفاة، ولا نفقة للمتوفى عنها. **ابن عبد السلام:** فإن قلت، قد قيل إنها عدة طلاق، وقد تقدم عن المدونة وغيرها أن دخول الثاني طلاق، فينبغي أن ينفق عليها في تلك العدة، قيل: ولو سلم أنه طلاق لكان طلاقاً أوقعه القاضي، والأصل فيه البينونة، وفي هذا الجواب نظر، والأولى منع كون الفرقة طلاقاً حقيقياً لايجابهم عدة الوفاة، وأصل المسألة مشكل فلذلك أشكلت الفروع المبنية عليها، وظاهر كلام المصنف أن النفقة واجبة

للمدخول بها وغيرها، وكذلك أطلق في المدونة كالمصنف، وقال المغيرة: لا نفقة لغير المدخول بها إلا أن يكون فرض لها قبل ذلك، قال في المقدمات: والصواب أن لها النفقة لأنها كزوجة الغائب.

ولم يختلف أن من غاب عن زوجته قبل دخوله بها أن لها النفقة، وإنما اختلف في الغيبة القريبة، وظاهر ما في سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة أن لها النفقة إذ لم يفرق فيه بين قرب الغيبة وبعدها.

فَإِنْ ثَبَتَ أَنَّهَا أَخَذَتْ شَيْئاً بَعْدَ وَفَاتِهِ رَدَّتْهُ وَكَذَلِكَ أَوْلادُهُ

يعني: فإن ثبت بعد أخذها النفقة أنها أخذت شيئاً بعد وفاة المفقود ردته لأنها أخذت ما لا يجب لها إذ النفقة تسقط بالموت، وكذلك قوله: (**وَكَذَلِكَ أَوْلادُهُ**)، يعني: إن ثبت أنهم أخذوا شيئاً بعد وفاته ردوه كالزوجة، وهكذا نص عليه ابن القاسم في المدونة، وينفق عليهم ما داموا صغاراً فقراء، وتأول سحنون ذلك على أن الأيتام كانت لهم أموال.

أبو عمران: إن لم يتأول على ما قاله سحنون وإلا فهو خلاف لقول ابن القاسم في مسألة الوصي ينفق على اليتيم من مال أبيه ثم يطرأ دين يغترق المال، أنه لا يرجع على اليتامى بما أنفق عليهم إن لم يكن لهم مال، ويكون وفاقاً لقول المغيرة وأشهب بالرجوع عليهم مطلقاً.

وفرق بعض المتأخرين بأن الورثة تتعلق حقوقهم بالذمة لا بالعين، ومن تعلق حقه بعين شيء فأتلف عليه فله [٤١٥/ ب] المطالبة بخلاف ما يتعلق بالذمة، واعترض فضل تأويل سحنون بأنه لو كانت لهم أموال لم ينفق عليهم إلا أن يقال إنما ظهر لهم المال ولم يكونوا عالمين به.

أبو عمران: يستغنى عن قول فضل هذا لأن هذا المال الذي ورثوه من أبيهم هو مال استوجبوه من يوم الموت، وإنما انكشف لنا ذلك الآن. ومعنى قوله: (**يرجع عليهم**) أنه يقاصهم بما أنفق عليهم من ميراثهم.

عياض: ولا يستغنى عنه بهذا إذ قد يكون ما أنفق عليهم أضعاف ما يجب لهم من التركة لكثرة الورثة معهم، قال في المدونة: ولا يؤخذ من الزوجة والأولاد حميل بهذه النفقة.

وَلاَ يُقْسَمُ مَالُهُ إِلا بَعْدَ التَّعْمِيرِ عَلَى الْوَارِثِ حِينَئِذٍ

يعني: أن المال ليس حكمه حكم الزوجة في أنه يقسم بعد الأربعة أعوام بل يوقف حتى يتبين موته أو يأتي عليه سن التعمير إذ لا إرث بشك، وكان الأصل في الزوجة أن لا تباح للغير إلا كذلك لكن غرضنا قوة الضرر، وحكى ابن راشد قولاً أنه يقسم ماله بعد الأربعة أعوام، قال: واختلف في حد التعمير على ستة أقوال: **أحدها** أنه سبعون، قاله مالك وابن القاسم وأشهب. **عبدالوهاب**: وهو صحيح لحديث معترك المنايا.

ثانيها: خمس وسبعون، وبه أفتى ابن زرب، الباجي في سجلاته، وبه القضاء.

ثالثها: ثمانون، رواه ابن الماجشون وابن حبيب عن مالك، وبه أخذ ابن القاسم ومطرف، واختاره الشيخان أبو محمد وأبو الحسن، وبه كان يفتي القاضي ابن السليم.

ورابعها: أنه الثمانون أو التسعون، قاله ابن القاسم أيضاً.

وخامسها: مائة، قاله أشهب، ابن حبيب وابن الماجشون: وإليه رجع مالك.

وسادسها: أنه مائة وعشرون، وحكاه الداودي عن ابن عبد الحكم، وبه المتيطية: إن غاب وهو ابن الثمانين عمر إلى انقضاء التسعين، وإن غاب وهو ابن التسعين عمر إلى انقضاء المائة، وإن غاب وهو ابن المائة عمر بأعوام يسيرة بقدر الاجتهاد، وقيل: يتلوم بالعشرة، وقيل: بالعام والعامين، وإن غاب وهو ابن مائة وعشرين تلوم بعام واحد، قال في المقدمات: ولم يختلف فيمن عمر بمائة وعشرين أنه يتلوم له بالعام ونحوه.

وقوله: (**عَلَى الْوَارِثِ حِينَئِذٍ**).

أي: حين انقضاء التعمير.

وَلاَ يُضْرَبُ لِلأَسِيرِ أَجَلٌ وَتَبْقَى زَوْجَةٌ

أي: لا يضرب لمن أسره العدو أجلاً، وتبقى زوجة حتى يثبت موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، قال في المدونة: وسواء علم موضعه أم لا لأنه معلوم أنه قد أسر ولا يصل الإمام من كشف حاله إلى ما يصله في المفقود.

قيل: وإذا هرب الأسير من أرض الحرب وثبت هروبه ثم جهل خبره فإن ثبت دخوله بلاد الإسلام فكالمفقود، وإن لم يثبت فكالأسير لاحتمال عدم خروجه من بلاد الحرب، وخرج اللخمي قولاً بأن امرأة الأسير تطلق عليه قياساً على قطع ذكره، وذكر ابن حارث أنهم اتفقوا على الأسير يعرف مكانه وحياته أنه لا تتزوج امرأته حتى يموت، واختلف إذا لم يعرف فقال أصبغ: قال قوم هو كالمفقود في أرض الإسلام، وقال آخرون كمذهب مالك، وقال ابن حارث: إن كان لا يدخلها التجار ولا الطوافون فهو هكذا وإن كانوا يدخلونها فهو كالمفقود.

فَلَوْ تَنَصَّرَ الأَسِيرُ وَجُهِلَ طَوْعُهُ وَإِكْرَاهُهُ فَهُوَ كَالطَّوْعِ فَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وَيُوقَفُ مَالُهُ ....

يعني: إذا تنصر الأسير فإن علم إكراهه فكالمسلم، وإن علم طوعه فكالمرتد، وإن لم يعلم طوعه من إكراهه فالمشهور وهو مذهب المدونة ما ذكره المصنف أنه محمول على الطوع لأنه الأصل في الأفعال الواقعة من العقلاء والغالب أيضاً، وروي عن مالك أنه محمول على الإكراه لأنه الغالب من حال المسلم.

واختلف إذا تزوجت زوجته ثم ثبت أنه تنصر مكرهاً فقيل: حاله في زوجته كالمفقود، وقيل: كالمنعي لها زوجها، قيل: وإن شهدت بينة بالطوع والأخرى بالإكراه، فبينة الإكراه أعمل لأنها علمت ما لم تعلم الأخرى.

وقوله: (**وَيُوقَفُ مَالُهُ**)، قال في المدونة: فإن مات مرتداً كان ماله للمسلمين وإن أسلم كان له.

فرع:

واختلف إذا تنصر، فقال ابن القاسم: ينفق على ولده من ماله، وقال أصبغ: لا ينفق عليه من ماله إذا تنصر طائعاً.

وَمَفْقُودُ الْمُعْتَرَكِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ تَعْتَدُّ زَوْجَتُهُ بَعْدَ انْفِصَالِ الصَّفَّيْنِ، وَرُوِيَ: بَعْدَ التَّلَوُّمِ بِالاجْتِهَادِ، ورُوِيَ: بَعْدَ سَنَةٍ، ورُوِيَ: سَنَةٌ فِيهَا الْعِدَّةُ، وفِي قَسْمِ مَالِهِ أَوْ وَقْفِهِ قَوْلانِ، ورُوِيَ: إِنْ كَانَ بَعِيداً فَكَالْمَفْقُودِ فَيُوقَفُ مَالُهُ ...

المفقود على أربعة أقسام: مفقود في بلاد المسلمين وحكمه ما تقدم، ومفقود في أرض الشرك فكالأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله في قول أصحابنا إلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في المال والزوجة، ومفقود في قتال المسلمين للكفار وسيأتي، ومفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين، وكلام المصنف [٤١٦/ أ] الآن فيه، وحكى فيه أربعة أقوال: **الأول** لمالك وابن القاسم: أن زوجته تعتد من يوم التقى الصفين، وكان أشباه ذلك في ما مضى يوم صفين والحرة. **الثاني** لأصبغ: يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره ويستبرأ خبره، وليس لذلك حد معلوم.

ابن عبد السلام: وجعله المصنف خلافاً للأول، وجعله بعضهم تفسيراً له.

الثالث لابن القاسم: تتربص زوجته سنة ثم تعتد.

الرابع: أن العدة داخلة في السنة، قال في المقدمات: وهو الصواب لأنه إنما تلوم له مخافة أن يكون حياً، فإذا لم يوجد له خبر حمل على أنه قتل في المعترك.

وفي العتبية خامس بالفرق فيما قرب من الديار يتلوم الإمام لزوجته باجتهاد بعد انصراف من انصرف وانهزام من انهزم ثم تعتد وتتزوج، وما بعد مثل إفريقية ونحوها تمكث زوجته سنة فإذا خلت نظر الإمام في ذلك، وفرق بين القرب والبعد.

وفي الموازية **سادس**: إن كان بعيداً حكمه كالمفقود تتربص أربعة أعوام.

اللخمي: من قال إن العدة من يوم التقاء الصفين ورث ماله حينئذ، ومن جعل لزوجته التربص أربع سنين وقف ماله إلى التعمير، واختلف على القول أن زوجته تتربص سنة، فقيل يورث ماله ذلك الوقت، وقيل: يوقف ماله إلى التعمير، قال في المقدمات: وهذا الخلاف إنما هو إذا شهدت البينة العادلة أنه شهد المعترك، وأما إن كان رأوه خارجاً عن العسكر ولم يروه في المعترك فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق.

وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ والْكُفَّارِ: ثَلاثَةٌ - كَالأَسِيرِ وَكَالْمَفْقُودِ، وَتَعْتَدُّ بَعْدَ سَنَةٍ بَعْدَ النَّظَرِ ....

أي: ثلاثة أقوال، والقول بأنه كالأسير لمالك في العتبية، أي أن زوجته لا تتزوج ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، والقول بأنه كالمفقود في ماله زوجته حكاه ابن المواز وعابه، أي لأنهم يأسرون المسلمين ولا يستطاع البحث عنهم كما في بلاد المسلمين.

اللخمي: وروى عنه أشهب أنه قال فيمن فقد بين الصفين في أرض الإسلام أو في أرض الحرب تتربص زوجته سنة من يوم ينظر السلطان في أمره ثم تعتد، وهذا هو القول الثالث في كلام المصنف.

وقوله: (**بعد النظر**)، يريد بعد الرفع، هكذا صرح به في المقدمات في هذه الرواية، وعمل أهل قرطبة بهذه الرواية الثالثة.

فرع:

اللخمي وغيره: يحمل من فقد من بلد زمن الطاعون أو في بلد توجه إليه وفيه الطاعون على الموت، وذكر أصحاب مالك أن الناس أصابهم سنة بطريق مكة سعال، فكان الرجل لا يسعل إلا قليلا ثم يموت، ففقد ناس ممن خرج إلى الحج فلم يأت لهم خبر حياة ولا موت، فرأى مالك أن تقسم أموالهم ولا يضرب لهم أجل المفقود ولا غيره للذي بلغه من موت الناس من ذلك السعال، وكذلك الشأن في أهل البوادي في الشدائد ينتجعون من ديارهم إلى غيرها من البوادي ثم يفقدون أنهم على الموت، وقد علم ذلك من حالهم إذا توجهوا إلى البلد الذين يمضون إليه تبلغهم الضيعة والموت.

* * *

الرِّضَاعُ: شَرْطُ الْمُرْضِعُ أَنْ تَكُونَ آدَمِيَّةً أُنْثَى بِلَبَنٍ فَلَوْ كَانَ مَاءً غَيْرَ لَبَنٍ لَمْ يُعْتَبَرْ

يقال إرضاع ورضاع ورضاعة بفتح الراء وكسرها.

الجوهري: ويقال رضع الصبي أمه يرضعها رضاعاً مثل سمع يسمع سماعاً، وأهل نجد يقولون رضع يرضع رضعاً مثل ضرب يضرب ضرباً.

عياض: وارتضعت أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه، فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة. وذكر أهل اللغة أنه لا يقال في بنات آدم لبن وإنما يقال فيهن لبان واللبن لسائر الحيوان غيرهن، وجاء في الحديث كثيراً خلاف قولهم.

وشرط المصنف في المرضعة التي ينتشر التحريم برضاعها ثلاثة أوصاف:

الأول: أن تكون آدمية، فلا يحرم لبن غيرها من سائر الحيوانات، ولا خلاف في ذلك.

الثاني: أن تكون أنثى، فلا يعتبر لبن الذكر إذا در، وهذا هو المشهور لقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٣] ولا يستحق وصف الأمومة إلا الآدمية الأنثى. وقال ابن اللبان الفرضي: يقع بلبن الذكر الحرمة.

اللخمي: وبه قال بعض شيوخنا. وقال ابن شعبان: وروى أهل البصرة عن مالك والشافعي أنهما كرها له نكاحها. ووجه القول بالتحريم أن الحرمة إذا حصلت باللبن الناشئ عن وطئه فلأن تحصل بلبانه من باب الأولى، والآية خرجت مخرج الغالب فلا مفهوم لها.

الثالث: أن يكون ذلك بلبن، فإن أرضعته بغيره لم يحرم. وفي كتاب ابن سحنون: لو حلب من ثدي المرأة ماء أصفر لم يحرم ما يحرم منه إلا ما كان غذاء يغني عن الطعام، ولا يقال كان ينبغي أن يستغنى بقوله (**آدَمِيَّةً**) عن قوله (**أُنْثَى**) لاحتمال أن يكون المراد نفساً آدمية والنفس تطلق على الذكر والأنثى.

ويُعْتَبَرُ اللَّبَنُ وَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ وَلَمْ تُوطأْ

يعني: إذا در للبكر لبن فإنه ينشر الحرمة لدخولها [٤١٦/ ب] في قوله: ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾. قال في الجلاب: وإذا أرضعت المرأة التي لم تلد أو العجوز التي قعدت عن الولادة صبياً فرضاعها يحرم.

ولَبَنُ الْمَيْتَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ إِنْ عُلِمَ

أي: ويعتبر لبن الميتة، والمشهور مذهب المدونة لدخولها تحت قوله: ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ والشاذ حكاه صاحب الجواهر وغيره. وذكر ابن بشير أن الشاذ مما جرى في المذاكرات وعلله بأن الحرمة لا تقع بغير المباح؛ فإن قيل: لم أوقعتم التحريم برضاع الميتة على المشهور وظاهر قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُم ﴾ يخرجها؛ لأن الميتة لا توصف بأنها أرضعت فجوابه أن الإرضاع خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، وأيضا فإنه منقوض بما لو حلب غيرها من ثديها كرهاً وأرضع به صبياً أو رضع منها الصبي وهي نائمة، قال في المدونة: وإذا حلب من ثدي المرأة في حياتها أو بعد وفاتها فوجر به صبي أو دَبَّ فرضعها وهي ميتة وعلم أن في ثديها لبان فالحرمة تقع بذلك، ولا يحل اللبن في ضروع الميتة. **قيل**: فلم أوقعتم الحرمة به؟

قيل: لأن من حلف ألا يشرب لبناً فشرب لبن الميتة أو لبناً ماتت فيه فأرة حنث إلا أن ينوي اللبن الحلال، ويحد من وطئ ميتة.

وأخذ من هنا أن مذهبه نجاسته، وهو خلاف ما دل عليه ما له في كتاب الجنائز فيخرج من الكتب قولان.

اللخمي: وإنما وقعت به الحرمة لأن تنجيسه لا يخرجه عن كونه غذاء.

وقوله (ويحد من وطئ الميتة) استدلال منه على الحرمة أي كما يجب الحد بوطء الميتة وكذلك يحرم لبنها. وقوله (ويحرم من وطء الميتة يريد ولا صداق لها) نص عليه محمد وغيره.

قال في النكت: وإنما قالوا بالحد ولم يوجبوا لها صداقاً لأن الصداق من حقوق الآدميين فلما وجدناه لو قطع لها عضو لا قصاص فيه ولا دية فكذلك هنا. وأما الحدود فمن حقوق الله تعالى فيجب عليه لعظم ما انتهكه، ولا إشكال في وجوبه إن كانت الموطوءة أجنبية على المعروف من المذهب كما سيأتي في باب الزنى إن شاء الله تعالى.

واختلف في الزوجة هل يحد على قولين: عياض وإلى الإسقاط قال أكثرهم والمحقق منهم. قال في النكت: وعاب بعض شيوخنا وجوب الحد عليه، قال: ألا ترى أنه يغسلها مجردة وينظر إليها فأي شبهة أعظم من هذا؟ وقول المصنف (**إِنْ عُلِمَ**).

ابن عبد السلام: لا يظهر له في كلام المصنف كبير فائدة بخلافه في المدونة.

وَفِي لَبَنِ مَنْ نَقَصَتْ عَنْ سِنِّ الْمَحِيْضِ: قَوْلانِ

يعني: أن لبن من لم تحمل على ضربين: إن كانت ممن تحيض حرم.

ابن بشير: بلا خلاف. وقد قدم المصنف ذلك بقوله ويعتبر اللبن وإن لم تحمل ولم توطأ، وإن كانت ممن نقصت عن سن المحيض فقولان حكاهما المصنف تبعاً لابن بشير وابن شاس. وفي المدونة: وإذا درت بكر لا زوج لها أو يئست من المحيض فأرضعت صبياً فهي أم ولد.

وفي الجلاب: وإذا حدث للصبية الصغيرة التي لا يوطأ مثلها لبن فأرضعها صبي لم تقع به حرمة، وحملها اللخمي على الخلاف وهو ظاهر كلام ابن يونس وهو مقتضى ما نقله المصنف وابن بشير وابن شاس.

خليل: ولا يبعد أن يحمل ما في المدونة على ما إذا كانت في سن من يوطأ مثلها، ولا يكون ما في الجلاب خلافا لما في المدونة والله أعلم.

ولا يُعْتَبَرُ لَبَنُ الذَّكَرِ إِذَا دَرَّ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذه المسألة وقعت هنا في بعض النسخ، وقد تقدم الخلاف فيها فأغنى عن إعادتها.

وَشَرْطُ الرَّضِيعِ أَنْ يَكُونَ مُحْتَاجًا لِلرَّضَاعِ ، وَصَلَ اللَّبَنُ إِلَى جَوْفِهِ صِرْفاً أَوْ مَخْلُوطاً، وَفِي لَغْوِ الْمَغْلُوبِ بِالْمُخَالَطَةِ قَوْلانِ، لابْنِ الْقَاسِمِ وَابْنِ الْمَاجِشُونِ كَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ....

قوله (**محتاجاً**) أي فلا يعتبر رضاع الكبير لما في الصحيحين وغيرهما: «**إنما الرضاع من المجاعة**». وفي الصحيح أيضا من حديث سهلة قالت عائشة: جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: «**يا رسول الله، إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أرضعيه، فقالت: وكيف أرضعه وهو رجل كبير. فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: قد علمت أنه رجل كبير**» وفي رواية أخرى: «**أرضعيه خمس رضعات تحرمي عليه**» وفي رواية أخرى: «**وأبى سائر أزواجه عليه الصلاة والسلام أن يدخلن عليهن أحد بتلك الرضاعة**» وقلت لعائشة: ما نرى هذه إلا رخصة أرخصها رسول الله صلى الله عليه وسلم لسالم خاصة، وأخذت عائشة بحديث سهلة وكانت إذا أحبت أن يدخل عليها أحد من الرجال تأمر أختها أم كلثوم بنت أبي بكر وبنات أخيها أن يرضعن من أحب دخوله.

المازري: والجمهور حملوا الحديث على الخصوص. **الباجي**: وقد انعقد الإجماع على أن رضاع الكبير لا يحرِّم.

ابن المواز: ولو أخذ بحديث سهلة: «**أرضعيه خمس رضعات**» في الحجاب خاصة لم أعبه وتركه أحب إلي، ولا فرق في التحريم باللبن بين أن يصل صرفاً أو مخلوطاً كما [٤١٧/أ] قاله المصنف، وهذا إن لم يغلب اللبن بالمخالطة وأما إن كان مغلوباً فقال ابن القاسم: لا ينشر الحرمة وهو مذهب أبي حنيفة. وقال أشهب وابن الماجشون: يحرم وهو قول الشافعي، وهذا معنى قوله (**وَفِي لَغْوِ الْمَغْلُوبِ بِالْمُخَالَطَةِ قَوْلانِ**) لأن تقديره وفي لغو المغلوب بالمخالطة وعدم لغوه قولان لابن القاسم وابن الماجشون؛ فابن القاسم يلغيه وابن الماجشون لا يلغيه.

وقوله: (**كَأَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ**) الأول للأول والثاني للثاني، والأقرب قول عبد الملك إذ لو انفرد اللبن لحرم، وهو الذي رجحه ابن محمد السوسي واللخمي وغيرهما، ونظيرها إذا حلف ألا يأكل خلاً فأكل طعاماً فيه خلاً مستهلكاً، وهذا إنما هو إذا كان اللبن مخلوطاً بغير اللبن. وأما إن اختلط لبن امرأتين فقال مالك والشافعي: تحرم المرأتان معاً. وقال ابن يوسف: الحكم للغالب منهما. وأخذ عياض من المدونة التحريم من مسألة من حملت من زوج آخر أن اللبن يكون للزوجين. قال: وتردد بعضهم: هل يقول ابن القاسم بلغو المغلوب بلبن آخر كالطعام أم لا أو يفرق بين اللبن والطعام، انتهى. وحكى بعضهم الاتفاق على التحريم.

وَالرَّضَاعُ وَالْوَجُورُ - قَلِيلُهُمَا وَكَثِيرُهُمَا وَلَوْ مَصَّةٌ - سَوَاءٌ

(**الْوَجُورُ**) بفتح الواو ما يدخل في وسط الفم، وقيل ما يصب في وسط الحلق، وفعله وجر وأوجر واللدود ما صب تحت اللسان، وقيل ما صب في جانب الفم واللديدان جانبا الفم، يعني أنه لا فرق في التحريم بين الرضاع والوجور، ونبه بذلك على قول داود القائل بعدم التحريم إلا بما يرضع من الثدي. ومذهبنا أن المصة الواحدة كافية في التحريم لظاهر قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ ﴾.

وَفِي الْحُقْنَةِ وَالسَّعُوطِ وَشِبْهِهِ يَصِلُ إِلَى الْجَوْفِ ثَالِثُهَا يَخْتَصُّ السَّعُوطُ

(**الْحُقْنَةِ**) معلومة، (**وَالسَّعُوطِ**) بفتح السين. قال الجوهري: هو الدواء يصب في الأنف.

قوله (**وَشِبْهِهِ**) أي وشبه ذلك ولذلك ذكر الضمير، وأراد بالشبه الاكتحال والصب في الأذن. وحكي في الجميع ثلاثة أقوال وتصورها من كلامه ظاهر.

أما الحقنة ففي المدونة: إن وصل إلى جوفه حتى يكون له غذاء حرم وإلا لم يحرم.

ابن المواز: معناه حتى يكون غذاءً له لو لم يطعم ولم يسق فحينئذ يحرم وإلا فلا. وأطلق ابن حبيب التحريم بالحقنة. **ابن يونس**: وقول ابن القاسم أصح. وفي الجلاب أن الحقنة لا تحرم.

وأما السعوط ففي المدونة: يحرم إن وصل إلى جوفه، قال فيها: وكان عطاء الخراساني لا يحرم السعوط ولا الكحل باللبن.

ابن يونس: وأطلق ابن حبيب التحريم به وقول ابن القاسم أصح، لأن الاعتبار في الرضاع ما يقع به الاغتذاء وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه في ظاهر البدن.

وأما العين فقال ابن حبيب: إن به اكتحل الصبي بكحل فيه لبن، فإن كان دواء ينفذ مثل المر والصبر والعنزروت وشبهه حرم، وإن كان مما يبقى في العين ولا يصل إلى الجوف كالإثمد وشبهه فلا يحرم.

ابن يونس: وسواء عند ابن القاسم كان مما ينفذ أم لا فإنه لا يحرم، لأنه لا يكون منه غذاء وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب فلا يحرم حتى يكون للصبي غذاء كما قال في الحقنة. **ابن راشد**: وعلى هذا يجيء الجواب فيما صب من الأذن.

ابن بشير: وإن استدخل اللبن من الإحليل فهو لا يصل إلى محل الطعام فلا تقع به حرمة، وكذلك إن عمل منه فتائل.

تنبيهات:

الأول: جعل المصنف محل الخلاف إذا وصل من هذه المنافذ، ومفهومه أنه لو لم يصل لم يحرم. وقد قدمنا أن ابن حبيب قال بالتحريم في الحقنة والسعوط وإن لم يصل على ما ذكره ابن يونس، وكذلك ذكر الباجي واللخمي عنه.

الثاني: مقتضى كلامه أن في المذهب قولاً بأن السعوط لا يحرم مع الوصول وذكره بعضهم.

ابن عبد السلام: وأنكر عبد الوهاب أن يكون في المذهب من يقول إن السعوط لا ينشر الحرمة إذا علم وصوله إلى الجوف.

الثالث: يشترط على مذهب المدونة في انتشار الحرمة بالحقنة ألا يكون اللبن مغلوباً، لأنه إذا اشترط ذلك فيما يصل من الفم فهنا أولى، قاله عياض وغيره.

الرابع: ما ذكره من القول بالتفصيل هو مقتضى ما في الجلاب لأنه نص على أن السعوط يحرم ونص على أن الحقنة لا تحرم، وإذا لم تحرم الحقنة فالعين ونحوها أولى.

الخامس: قال اللخمي: ومحمل قول ابن القاسم في المدونة من التحريم بالسعوط إن وصل يريد أن وصوله مشكوك فيه، فقوله ذلك عبارة عن الوقوف وكأنه إنما تقع الحرمة إذا وصل ولا يدري هل وصل لأنه ليس بكثير فيحس بوصوله، ورده ابن بشير بأنه ليس بشك وإنما أحل الأمر فيه على تحقيق الوصول وعدمه.

السادس: فإن قلت: لم اشترط ابن القاسم هنا في الحقنة أن تكون غذاء ولم يشترط ذلك في الصوم؟ قيل: إن المراعاة في الرضاع ما ينبت اللحم وينشر العظم ولا يشترط هذا في إفطار الصائم، بل ما [٤١٧/ ب] يصل إلى محل الطعام والشراب.

فَلَوْ كَانَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ بِمُدَّةٍ قَرِيبَةٍ وَهُوَ مُسْتَمِرُّ الرَّضَاعِ أَوْ بَعْدَ يَوْمَيْنِ مِنْ فِصَالِهِ اعْتُبِرَ، وَفِي الْقَرِيبَةِ أَقْوَالٌ - أَيَّامٌ يَسِيرَةٌ وَشَهْرٌ، وَشَهْرَانِ، وَثَلاثَةٌ

لما قدم أن شرط المرضع أن يكون محتاجاً وأنه لا عبرة برضاع الكبير أخذ يذكر الزمان الذي تنشر الحرمة فيه، وذكر أن الرضاع إما أن يكون بعد الحولين أو فيهما؛ فإن

كان بعدهما بمدة قريبة وهو مستمر الرضاع أو بعد يومين من فصاله نشر الحرمة لأنه لو أعيد إلى اللبن لكان له غذاء وعشاء وهذا هو المشهور، وروي عن مالك أنه يعتبر الحولان من غير زيادة.

وعلى المشهور فاختلف في حد القرب على خمسة أقوال حكاها اللخمي وغيره، قال في الحاوي: مثل نقصان الشهور وإليه ذهب سحنون. وقال في المختصر: الأيام اليسيرة. وقال ابن القصار: يحرم مثل الشهر، قال وليس بالقياس لقوله تعالى: ﴿ **وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا** ﴾ [الأحقاف: ١٥] يريد أن القياس لا يزاد على الحولين، وروى عنه عبد الملك أنه لا يزاد على الشهر ونحوه، وقال في المدونة: الشهر والشهرين. وروى عنه الوليد بن مسلم ثلاثة أشهر. **اللخمي**: وهو أحسن.

ومحمل الآية في السنتين أنها كافية للمرضع ليس أنه لا منفعة فيما زاد لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام**» وهذا حديث صحيح ذكره الترمذي، فعلق التحريم بما كان قبل الفطام وقبل أن ينتقل غذاؤه من اللبن، وهذا لم يفطم واللبن قوام جسمه يشبع لوجوده ويجوع لعدمه، ولم يقع القول الأول في كل النسخ ووقع في نسخة ابن راشد وسقط في نسخة ابن عبد السلام.

فَلَوْ كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ بَعْدَ اسْتِغْنَائِهِ بِمُدَّةٍ قَرِيبَةٍ ، فَقَوْلانِ

يعني: إذا فصل في الحولين فإن لم يستغن نشر الحرمة باتفاق، وإن استغنى فإما بمدة قريبة أو بعيدة؛ فإن كان بمدة بعيدة لم يعتبر وإن كان بمدة قريبة فقولان، **المشهور** وهو مذهب المدونة أنه لا يحرم، قال في الجواهر: إلا أن يكون زمن الرضاع قريباً من زمن الاستغناء. **والثاني** لمطرف وابن الماجشون وأصبغ في الواضحة يحرم إلى تمام الحولين.

وقال بعض الشيوخ: إن كان الرضاع مصة أو مصتين لم يحرم، وإن أعيد إلى الرضاع وأسقط الطعام حرم، ولم يتعرضوا في هذا القسم إلى تحديد القريبة كالقسم الأول، ولعل ذلك لأنهما متقاربان.

وَيَحْرُمُ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [النساء: ٢٣] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب**» رواه البخاري ومسلم وغيرهما. والمحرمات بالنسب سبع: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت. فالرضاع كالنسب فأمك كل من أرضعتك أو أرضعت بواسطة أو بغيرها وأمهاتها، وبنتك كل من أرضعتها زوجتك بلبنك أو أرضعتها ابنتك من نسب أو رضاع، وأخواتك كل من ولدت من أرضعتك أو ولد لفحلها فإن أتى من أمك وفحلها ولد فهو أخ شقيق من الرضاعة وإن ولد لأمك من غير ذلك الفحل فهو أخ لأمك وإن ولد لأبيك من غير أمك أماً من زوجة أخرى أو سرية فهو أخوك لأبيك، وأخوات الفحل عمات الرضيع وأخوات أم الرضيع خالات له، ولا يخفى عليك بنات الأخ وبنات الأخت.

لكن استثنى العلماء من عموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**يحرم الرضاع ما يحرم النسب**» مسائل يحرمن من النسب وقد لا يحرمن بالرضاع:

الأولى: أم أخيك وأم أختك من النسب هي أمك أو زوجة أبيك وكلتاهما حرام، ولو أرضعت أجنبية أخاك لم تحرم.

الثانية: أم نافلتك والنافلة ولد الولد مطلقاً ذكراً كان أو أنثى، لأنها إما بنتك أو زوجة ابنك وهما محرمان، وفي الرضاع قد لا تكون ابنتك ولا زوجة ابنك بأن ترضع أجنبية نافلتك.

الثالثة: جدة ولدك من النسب إما أمك أو أم زوجتك وهما حرامان، وفي الرضاع قد لا تكون أماً ولا أم زوجة كما إذا أرضعت أجنبية ولدك فهي حلال لك وأمها وإن كانت جدة ولدك إذ ليست بأمك ولا أم زوجتك.

الرابعة: أخت ولدك في النسب حرام لأنها إما بنتك أو ربيبتك ولو أرضعت أجنبية ولدك فبنتها أخت ولدك فليست ببنت ولا ربيبة.

الخامسة: يجوز للرجل أن يتزوج أم عمه وعمته من الرضاع بخلاف النسب.

السادسة: يجوز للرجل أن يتزوج أم خاله وخالته من الرضاع بخلاف النسب.

فَيُقَدَّرُ الطِّفْلُ خَاصَّةً وَلَداً لِصَاحِبَةِ اللَّبَنِ ، وَصَاحِبِهِ إِنْ كَانَ - فَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَخُوهُ نَسَباً أُخْتَهُ وَأُمَّهُ مِنَ الرَّضَاعِ ....

يعني: أن الحرمة إنها تنتشر بين الرضيع ومن تقدم خاصة دون أحد من قرابته، وقال (**وَصَاحِبِهِ إِنْ كَانَ**) لأنه قد تقدم أن البكر إذا درت على صبي ورضعها أن الحرمة تنتشر بذلك.

ابن عبد السلام: وانظر إذا كانت البكر معقودة النكاح ولم يدخل بها زوجها هل تنتشر الحرمة بين [٤١٨/ أ] الرضيع والزوج؟

خليل: والمذهب في هذا أنه لا يعتبر وسيذكره المصنف في الفرع الذي يلي هذا، ولأجل أن التحريم إنها يعتبر بين الرضيع وأبويه لا في أحد من قرابته جاز لأخيه من النسب أن يتزوج الطفلة التي رضع معها أخوه والأم التي أرضعت أخاه لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع، وكذلك يجوز لصاحب اللبن أن يتزوج أخت ابنه من الرضاعة. واعلم أن أخت الأخ قد لا تحرم من النسب كما لا تحرم من الرضاع، وصورتها أن يكون لك أخ من أب وأخت من أم فيجوز لأخيك من الأب نكاح أختك من الأم.

وَيُعْتَبَرُ صَاحِبُهُ مِنْ حِينِ الْوَطْءِ

يعني: أن الحكم فيما بين الرضيع والمرضعة ظاهر، وأما فيما بينه وبين الفحل فإنما يعتبر من حين وطئه. وقوله (**مِنْ حِينِ الْوَطْءِ**) يدل على أنه لا يعتبر اللبن فيما بين الفحل وبين الرضيع في الفرع الذي جعله ابن عبد السلام محل نظر وهو مقتضى كلام اللخمي

وابن رشد وابن بشير وابن شاس، وبذلك صرح صاحب النكت، قال: إنما يكون له اللبن إذا دخل وأما قبل بنائه فلا.

وقد صرح ابن راشد بالاتفاق على ذلك فقال: إذا تزوج الرجل امرأة لا لبن لها ثم درت فرضعها طفل فإن لم يكن وطئها قبل رضاعه لم يكن أباً، وإن كان وطئها فهو له ولد، ولو لاعب أو قبّل أو باشر أو وطئ ولم ينزل فدرت لم يكن بذلك أباً بلا خلاف.

فَإِنْ كَانَ مِنْ وَطْءٍ يُحَدُّ فِيهِ فَقَوْلانِ

يعني: فإن كان اللبن نشأ عن وطء يحد فيه فهل ينشر الحرمة بين الرضيعة والفحل؟ قولان. وأما بين الرضيعة والمرضعة فإنه ينشر الحرمة على كل حال، والقولان حكاهما ابن حبيب عن مالك. ونص ما نقله ابن يونس عنه، قال ابن حبيب: اللبن في وطء صحيح أو فاسد أو حرام أو زنا تقع به الحرمة من قبل الرجل والمرأة، وكما لا تحل له ابنته من الزنا فكذلك لا تحل له من أرضعتها المزني بها من ذلك الوطء، لأن اللبن لبنه والولد ولده وإن لم يلحق به الولد. وقد كان مالك يرى أن كل وطء لا يلحق فيه فلا يحرم لبنه من قبل فحله، ثم رجع إلى أنه يحرم وهو أصح وقاله أئمة من العلماء، وبالتحريم قال سحنون وغيره وهو ظاهر من المذهب، قاله ابن عبد السلام. قال: وأجرى غير واحد القولين على القولين في المخلوقة من ماء الزاني هل يحل له نكاحها أم لا؟ وهو مناسب لولا أن ابن المواز منع الزاني من نكاح المخلوقة من مائه وكره له نكاح هذه، وإن وقع لم يحكم بفراقها. قالوا: وأما إن تزوج من لا يحل له نكاحها جاهلاً فلحق به الولد فإنه يحرم الرضاع من جهة الفحل كالنكاح في العدة، وكذلك إن كان عالماً على القول بأنه لا حد عليه.

وَالْمَنْكُوحَةُ إِذَا وُطِئَتْ بِاشْتِبَاهٍ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ مُحْتَمَلٍ فَلَبَنُهَا لِمَنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ الْوَلَدُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُمَا ....

مثاله لو وطئ السيدان الأمة في طهر واحد وألحقته القافة بأحدهما فعلى المشهور إنما تنتشر الحرمة بين الولد وبين من لحق به، وعلى قول محمد تنتشر الحرمة بين الرضيع والواطئين وإن كان الولد إنما يلحق بأحدهما، لأن اللبن ليس هو مبنياً على لحوق الولد بدليل التحريم على ظاهر المذهب في الفرع السابق وإن كان الولد فيه غير لاحق، ومثاله أيضا في النكاح لو نكحت المعتدة وأتت بولد محتمل لهما.

وَلَبَنُ الدَّارَّةِ لِصَاحِبِهِ إلا أَنْ يَنْقَطِعَ وَلَوْ بَعْدَ سِنِينَ كَثِيرَةٍ، وَقِيلَ: إِلَى أَنْ تَلِدَ وقيل: وَإِلَى أَنْ تَحْمِلَ، وَقِيلَ: إِلَى أَنْ يَطَأَهَا زَوْجٌ ثَانٍ ....

يعني: أن لبن المرأة منسوب لواطئها عند ابتداء وجود اللبن، ولا إشكال في ذلك إذا لم تزل في عصمته أو رقه، وإن فارق الزوجة وتزوجت غيره فأربعة أقوال: **الأول** أنه محكوم به للأول إلى أن ينقطع، وهو مذهب المدونة لقوله: وإذا تزوجت المرضع المطلقة فحملت ثم أرضعت صبياً فإنه لبن للزوج الأول. **والثاني** إن كان لبن الأول لم ينقطع لكن لم يقل فيها ولو بعد سنين كثيرة كالمصنف، ولم أر ذلك مصرحا في الروايات لكن هو ظاهر المدونة والموازية، وتبع المصنف ابن شاس فإنه قال: ولو بعد عشر سنين.

والقول بأنه ينقطع بالولادة في مختصر الوقار، ورواه ابن نافع، وحكى ابن المنذر أن عليه إجماع العلماء، **والقول** بأنه ينقطع بالحمل ذكره ابن بشير وابن شاس ولم يعزواه، والقول بأنه ينقطع بوطء الثاني لابن وهب ، ولسحنون **خامس**: أن اللبن محكوم به للأول إلى أن تمضي خمسة أعوام أقصى مدة الحمل من فراق الأول، أما لو انقطع اللبن لسقط حكم الأول.

اللخمي: إلا أن ينقطع ثم يعود فيكون الحكم فيه للثاني إن عاود الإصابة. قال: وإن أصاب الرجل زوجته وهي ذات لبن من غيره ثم أمسك عنها أو غاب وطالت غيبته أو مات وعاد اللبن إلى ما كان عليه سقط حكم الوطء.

وَحَيْثُ لَمْ يُحْكَمْ بِانْقِطَاعِهِ فَالْوَلَدُ لَهُمَا لأَنَّ الْوَطْءَ يُدِرُّ اللَّبَنَ

يعني: إذا لم يحكم بانقطاعه فالولد محكوم له بأنه ابن للأول والثاني من الرضاع؛ لأن هذا اللبن لهما؛ إذ أصله من الأول وتكثيره من الثاني؛ لأن وطئه يدرُّ اللبن.

وَالْغَيْلَةُ: وَطْءُ الْمُرْضِعِ، وَقِيلَ: إِرْضَاعُ الْحَامِلِ

الأكثر على [٤١٨/ ب] ضبط هذه اللفظة بكسر الغين.

عياض: ولا تفتح إلا مع حذف الهاء وأصله من الضرر، وقيل: من الزيادة. وقيدها بعض شيوخنا بفتح الغين في غير المدونة وكذلك عبد الحق في المدونة، والقول الأول هو مذهب الموطأ والمدونة وهو قول الأصمعي.

وقوله: (**وَطْءُ الْمُرْضِعِ**) **ابن حبيب**: وإن لم ينزل. وقال أبو عمران: إنما الغيلة الوطء مع الإنزال، والقول الثاني ذكره في المدونة أيضاً وهو قول الأخفش، والأول هو الظاهر؛ لأن المشاهدة تدل على أن إرضاع الحامل مضر، والنبي صلى الله عليه وسلم قد نفى عن الغيلة الضرر. ففي الموطأ وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**لقد هممت أن أنهى الناس عن الغيلة حتى ذكرت أن فارساً والروم يصنعون ذلك، فلا يضر ذلك أولادهم**».

وَمَنْ أَرْضَعَتْ طِفْلاً كَانَ زَوْجَهَا حَرُمَتْ عَلَى صَاحِبِ اللَّبَنِ؛ لأَنَّهَا زَوْجَةُ ابْنِهِ

هذا الفرع وقع لابن القاسم في العتبية، ومعناه إذا عقد أبو الرضيع له على امرأة ثم خالع له وتزوجت غيره وحدث لها لبن فأرضعت به الطفل الذي كان زوجها، فصار هذا الطفل ولداً لها ولزوجها الثاني فتحرم على زوجها؛ لأنها حليلة ابنه؛ إذ لا يشترط في

حليلة الابن دوام الوصف بدليل أن الابن لو تزوج امرأة فمات عنها أو طلقها لم يجز لأبيه أن يتزوجها؛ لأنها من حلائل أبنائه.

وَمَنْ أَبَانَ صَغِيرَةً حَرُمَتْ عَلَيْهِ مَنْ تُرْضِعُهَا ؛ لأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ وَعَكْسُهُ بِنْتُ زَوْجَتِهِ وَلا يُنْظَرُ للتَّارِيخِ فِي مِثْلِهِ ....

يعني: إذا تزوج رضيعة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت عليه تلك المرأة؛ لأنها أم زوجته، ولو أبان امرأة لها لبن فأرضعت صبية حرمت عليه تلك الصبية؛ لأنها بنت زوجته، وهذا معنى قوله: (**وَعَكْسُهُ**... إلخ).

ابن راشد قال: ولا ينظر إلى التاريخ في مثله ليعم هذا الفرع والفرعين قبله وما في معناهما أنه لا ينظر إلى أن تكون المرضعة في حالة الرضاع زوجة، بل ولو بانت.

وَمَنْ تَزَوَّجَ رضيعتين أَوْ أَكْثَرَ فَأَرْضَعَتْهُمُ امْرَأَةٌ اخْتَارَ وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَتِ الأَخِيرَةَ

اختار واحدة لأنهما صارتا أختين. قال في المدونة: ولا يفسد نكاحها كما يفسد عند من تزوج الأختين في عقد واحد لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين، وهذا هو المشهور. وقال ابن بكير: لا يجوز أن يختار واحدة، ورأى ذلك بمنزلة من تزوج الأختين في عقدة واحدة.

تنبيه:

لمرضعة الصغيرتين ثلاث صور: **الأولى** أن تكون المرضعة أجنبية وحكمها ما تقدم. **الثانية**: أن تكون أماً للزوج أو أختاً أو نحو ذلك فلا يجوز له أن يتمسك بواحدة منهما بالاتفاق لصيرورتهن أخوات أو بنات أخوات. الثالثة: أن تكون المرضعة أيضاً زوجة له وإليها أشار بقوله:

فَلَوْ كَانَتْ الْمُرْضِعَةُ زَوْجَتَهُ وَلَمْ يَبْنِ بِهَا حَرُمَتْ مَعَ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بَنَى حَرُمَ الْجَمِيعُ ....

حرمت الكبيرة للأبد بالعقد على ابنتها.

وقوله: (**مَعَ ذَلِكَ**) أي مع تحريم إحدى الرضيعتين وإن بنى بالكبيرة حرم الجميع، أما الكبيرة فللعقد على بناتها، وأما الصغيرتان فلأنهما بنتان لزوجة مدخولاً بها.

وَتُؤَدَّبُ الْمُتَعَمِّدَةُ للإِفْسَادِ وَلا غُرْمَ عَلَيْهَا

نحوه في المدونة؛ يعني أن الكبيرة التي أرضعتهن سواء كانت زوجة أو أجنبية إن لم تكن معتمدة للرضاع فلا أدب عليها، وإن كانت متعمدة أدبت لإفسادها عصمة أو أكثر على الزوج. **ابن عبد السلام**: وهذا بين إن كانت عالمة بالحكم وفي الجاهلة نظر.

قوله: (**وَلا غُرْمَ عَلَيْهَا**) لأن الزوج لا غرم عليه وهذا على المشهور، أما على قول ابن حبيب ومحمد فلا. وقد تقدم الكلام على ذلك كله عندما تكلم المصنف على هذه المسألة في فصل إسلام المجوسي، وتقدم أيضاً عن ابن القابسي أن الفسخ على قول ابن القاسم فسخ بغير طلاق.

وَإِذَا اتَّفَقَ الزَّوْجَانِ عَلَى الرَّضَاعِ فُسِخَ وَلا صَدَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَالْمُسَمَّى بَعْدَهُ

يعني: إذا تزوج امرأة ثم اتفق هو وإياها على أنها أخته من الرضاع؛ فإن كان ذلك قبل بنائه بها فسخ ولم يكن لها شيء كسائر الفسوخات، وإن كان بعد البناء فسخ أيضاً وكان لها المسمى لها بما استحل من فرجها.

والذي نص عليه ابن الكاتب وغير واحد أنه إنما لها بعد البناء ربع دينار كالتي غرت من نفسها وتزوجت في العدة ورجع عليها بالصداق إلا بالربع، زاد عبد الحق إلا أن

تعذر بسبب ما مما يسقط كونها غارة فلا يرجع عليها بشيء. وقال اللخمي: أو يكون الزوج عالماً فيكون لها الصداق إذا وقع الدخول.

وحمل ابن عبد السلام قول المصنف: **(وَلَهَا الْمُسَمَّى بَعْدَهُ)** على ما إذا لم تكن عالمة، قالوا: أما إن كانت عالمة حين العقد فيسقط جميع المسمى إلا ربع دينار إن لم يكن الزوج حين العقد والدخول عالماً وكانت كالغارة، قالوا: ولها ربع دينار، وعلى هذا فيحمل كلام ابن الكاتب وغيره على ما إذا كانت عالمة حين العقد، وكلام المصنف على ما إذا لم تكن عالمة.

وَإِنِ ادَّعَاهُ فَأَنْكَرَتْ أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ، وَلَهَا نِصْفُهُ

(أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ) أي يفرق بينهما لإقراره بذلك كالطلاق، فلذلك كان لها نصفه إن كان إقراره بذلك قبل البناء، وجميعه إن كان ذلك بعده.

فَإِنِ ادَّعَتْ فَأَنْكَرَهُ لَمْ يَنْدَفِعْ وَلا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ

يعني: وإن ادعت المرأة أنهما أخوان من الرضاع وأنكر ذلك الزوج [٤١٩/أ] لم يسمع منها ذلك؛ لأنها تتهم على فسخ النكاح فلا يفسخ، وهو معنى قوله: **(لَمْ يَنْدَفِعْ وَلا تَقْدِرُ عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ)** ولا شيء منه قبل البناء لإقرارها بفساد العقد.

فَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ حُكِمَ عَلَيْهِمَا

هكذا في المدونة. ولا فرق بين أن يدعي ذلك أحد الزوجين أو لا يدعيه، وقامت البينة على وجه الاحتساب، ولا إشكال إن قامت البينة على إقرار الرجل لأن إقراره بعد العقد كافٍ في وجوب التفرقة، فأحرى هنا، ولهذا سقط الصداق عنه هنا مع قيام البينة بخلاف ما لو لم تقم، وأما إن قامت على إقرار المرأة فيجب قبول قولها؛ لأن المانع من قبوله مفقود وهو تهمتها على فسخ النكاح.

وَإِقْرَارُ الأَبَوَيْنِ قَبْلَ النِّكَاحِ كَإِقْرَارِهِمَا ، وَلا يُقْبَلُ بَعْدَهُ

يعني: أن إقرار مجموع أبوي الزوجين كإقرار الزوجين، وسيتكلم على ما إذا أقر أحد الأبوين. وقوله: (**كَإِقْرَارِهِمَا**)؛ أي ويفسخ النكاح. **ابن حبيب**: وعلى هذا اجتمع مالك وأصحابه، فأما بعد الدخول فلا يقبل إلا أنه يتنزه عنها.

وَيَثْبُتُ الرَّضَاعُ بشاهدين أو بامرأتين إِنْ كَانَ فَاشِياً مِنْ قَوْلِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ وَإِلا لَمْ يَثْبُتْ عَلَى الْمَشْهُورِ ....

يعني: ويثبت الرضاع بشاهدين ولا خلاف في ذلك، وبامرأتين؛ لأن هذا من الأمور التي لا يطلع عليها غالباً إلا النساء.

ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه متفق على ذلك. وقد صرح بذلك غير واحد. ونقل بعضهم عن ابن الجهم أنه لا يقبل في ذلك إلا أربع نسوة.

وقوله: (**إِنْ كَانَ فَاشِياً مِنْ قَوْلِهِمَا**) عائد على المرأتين فقط، وأما الرجلان فلا يشترط فيهما ذلك.

قوله: (**وَإِلا**) أي وإن لم يكن فاشياً لم يقبل قولهما على المشهور.

والمشهور مذهب المدونة، والشاذ لمطرف وابن وهب وابن الماجشون وابن نافع وأصبغ.

اللخمي: وهو أبين. وقد يكون سكوتهما؛ لأنه لم يحتج إلى شهادتهما، فلو توجه الأداء عليهما لشهدتا إلا أن ينعقد النكاح بحضرتهما ولم ينكرا. وقال غيره: الأول أصح؛ لأن من شأن النساء التحدث بمثل ذلك، فإن لم يسمع ذلك منهما إلا بعد العقد كان ذلك تهمة توجب رد شهادتهما.

وَالرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِثْلُهُمَا

أي: يشترط الفشو على المشهور. واختلف الشيوخ هل يشترط العدالة مع الفشو، أو إنما تشترط مع عدم الفشو على مذهبين، وإلى الثاني ذهب صاحب البيان، والأول مقتضى كلام اللخمي. **ابن عبد السلام**: وهو ظاهر إطلاقاتهم.

وَفِي الْوَاحِدَةِ فَاشِياً مِنْ قَوْلِهِمَا، قَوْلانِ

المشهور عدم القبول، ويستحب التنزه وهو مذهب المدونة، والقول بالقبول أيضاً لمالك، ورأى أيضاً أن الفشو يقوم مقام شاهد آخر.

وَفِي انْفِرَادِ أُمِّ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَبِيهِ إِذَا لَمْ يَتَوَلَّ الْعَقْدَ، قَوْلانِ

تصور كلامه ظاهر، ومراده إذا أقر بذلك قبل العقد وإلا فقد تقدم أنه لا يقبل إقرارهما معاً بعده. وما ذكره المصنف نحوه في ابن بشير وابن شاس، قالا: واختلف في أم الزوج أو الزوجة هل هي كالأجنبية في هذا أو أرفع فتقع الفرقة بقولها؛ لأنه لا يعرف إلا بقولها ولنفي التهمة.

وكذلك اختلف في أب الزوجة أو الزوج هل هو كالأجنبي؟ وذلك إذا لم يكن هو متولِ عقد النكاح، فإن كان متوليه كان كالزوج أو الزوجة، وإذا أخبر ثم تولاه فسخ، فإن لم يفسخ حتى كبر الولد وصار الحكم إليه فهل يفسخ نظراً إلى توليه أو لا يفسخ ويكون شاهداً نظراً إلى الحال؟ فيه خلاف.

ومذهب المدونة التفرقة بين إقرار الأب والأم، ففيها: وإذا قال الأب رضع فلان أو فلانة مع ابني الصغير أو مع ابنتي، ثم قال: أردت الاعتذار، لم يقبل منه، وإن تناكحا فرق السلطان بينهما. وفيها: وإن قالت الأم لرجل: أرضعتك مع ابنتي، ثم قالت: كنت كاذبة أو معتذرة، لم يقبل قولها الثاني، ولا أحب له أن يتزوجها.

أبومحمد: فإن تزوجها لم يفرق القاضي بينهما، فانظر كيف فرق بين إقرار الأب وإقرار الأم.

ونقل ابن حبيب عن مالك عدم التفرقة فقال ما نقله اللخمي عنه، قال مالك وأصحابه: إذا قالت ذلك في ابنتها أو ابنها أو قاله الأب في ولده أن التفرقة تقع بينهما بذلك، ويحكم بالفراق إذا قالوه قبل النكاح. وقال الشيخ أبو إسحاق: الأقرب ما في المدونة إلا أن تكون الأم وصية؛ أي لأنها تصير كأنها العاقدة للنكاح فكانت كالأب.

عياض: وقيل: لا فرق بين أن تكون وصية أو غيرها بخلاف الأب. قال في النكت: وينبغي أن يلحق الوصي بالأب؛ لأن عقد النكاح إليه فهو كالأب.

عياض: واختلف إذا فسخ نكاحهما بقول الأب، ثم كبر الابن ورشد هل ذلك القضاء تحريم وكالحكم بصحة رضاعهما، وهو قول غير واحد، وإنما هو حل للعقد لاعتراف عاقده وهو الأب بفساده ولا يسري ذلك إلى تحريم النكاح فيها بعد إذا لم يثبت.

قال في النكت: ولو كان الأب إنما قال ذلك في ابنته الثيب أو ابنه الكبير لم يقبل ذلك لا يعقد عليها كرهاً، ولو قال ذلك في صغر الابنة، ثم كبرت وصارت ثيباً فنكحته أمر الزوج بالفراق ولا يقضى عليه به.

ابن عبد السلام: وقال بعضهم فيما إذا قال ذلك في صغر الابن أو البنت ثم كبرا فنكحا قولين: **أحدهما**: أنه يقضى عليه بالفراق، **والثاني**: أنهما يؤمران به من غير جبر. قال: وقد قيل [٤١٩/ ب] أيضاً يدخل فيه قولان إذا كانا كبيرين وإن لم يتقدم له قول في حال صغرهما.

وَيُسْتَحَبُّ التَّنَزُّهُ وَلَوْ بِأَجْنَبِيَّةٍ لَمْ يَفْشُ مِنْ قَوْلِهَا

يعني: أنه حيث لم توجب الشهادة الحكم بالتفرقة، إما لأنه قول رجل أو امرأة أو امرأتين ولم يفشُ من قولهما، أو أم أحد الزوجين على القول بعدم إيجاب الفراق بذلك،

فيستحب التنزه ولو كانت الشهادة أضعف الشهادات وهي شهادة الأجنبية التي لم يفش ذلك من قولها؛ لأن الصداق ممكن ولا ينبغي لشخص أن يقدم إلا على فرج مقطوع بحليته؛ وفي الصحيحين عن عقبة بن الحارث أنه تزوج بنتاً لأبي إهاب فجاءت أمة سوداء وقالت: قد أرضعتكما، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عني، قال: فتنحيت فذكرت ذلك له، فقال: «كيف وقد زعمت» وفي رواية: «دعها عنك» ففارقها ونكحت زوجاً غيره. وقوله: «دعها» ظاهر في وجوب التفرقة لكن قوله: «كيف وقد زعمت» ظاهر في حمل ذلك على الاستحباب.

وَيُعْتَبَرُ رَضَاعُ الْكُفْرِ بَعْدَ الإِسْلَامِ

يعني: كالنسب، فكما أن النسب لا يرتفع بالإسلام فكذلك الرضاع ولا خلاف فيه.

* * *

النَّفَقَاتُ: وهِيَ بِنِكَاحٍ وقَرَابَةٍ ومِلْكٍ

يعني: أن أسباب وجوب النفقة ثلاثة وبقي رابع وهو الالتزام، وسكت عنه لكونه إنما أراد ما تجب به في أصل الشرع.

فَتَجِبُ فِي النِّكَاحِ بِالدُّخُولِ أَوْ بِأَنْ يُبْتَغَى مِنْهُ الدُّخُولُ ولَيْسَ أَحَدُهُمَا مَرِيضاً مَرَضَ السِّيَاقِ، وبِمَا يَجِبُ بِهِ الصَّدَاقُ ....

الأصل في الوجوب ما في الصحيحين من حديث هند بنت عتبة أنها قالت: **يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليَّ في ذلك جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه** وسلم: «**خذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي وَلَدَكِ**».

وفي الصحيح من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غَنِيٌّ، وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّفْلَى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ، تَقُولُ الْمَرْأَةُ: إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي، وَيَقُولُ الْوَلَدُ: أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدَعُنِي**» قالوا: يا أبا هريرة هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة، وقال: النسائي في هذا الحديث: «**ابدأ بمن تعول**»، فقيل: فمن أعول يا رسول الله، قال: «**امرأتك تقول أطعمني أو فارقني، وخادمك تقول: أطعمني واستعملني، وولدك يقول: إلى من تركتني**».

وقوله: (**أَوْ بِأَنْ يُبْتَغَى مِنْهُ الدُّخُولُ**) يعني أن النفقة تجب بأحد وجهين: إما بالدخول، وإما بأن يدعى إلى الدخول، وكل واحد منهما صحيح أو مريض مرضاً لا يبلغ حد السياق.

واعلم أن المرض على ثلاثة أقسام: إن كانت مريضة يمكن منها الاستمتاع وجبت لها النفقة، وإن بلغت حد السياق لم تجب، وإن لم تبلغ حد السياق ولم يمكن منها الاستمتاع فمذهب المدونة الوجوب، ومذهب سحنون في السليمانية عدمه كالصغيرة.
اللخمي: وهو أحسن وهو المفهوم من قول مالك.

وكلام المصنف جارٍ على مذهب المدونة؛ لأن قوله: وليس أحدهما مريضاً مرض السياق؛ يقتضي أن أحدهما إن كان مريضاً مرض السياق لا نفقة عليه، ويقتضي أن ما دون ذلك لا يمنع النفقة.

ابن عبد السلام: وأنكر بعض المتأخرين عن اللخمي حكاية الخلاف في القسم الثالث. وقد ذكر ابن حارث الخلاف كما ذكره اللخمي، وليس قوله: وبما يجب به الصداق سبباً ثالثاً لوجوب نفقة الزوجة وإنما هو من تمام السبب الثاني؛ إذ لا يكفي الدعاء إلى الدخول مع السلامة من المرض، بل حتى يكون الزوج بالغاً على المشهور ومطيقاً للوطء على الشاذ وأن تكون هي مطيقة للوطء.

وفهم من كلام المصنف أن النفقة لا تجب بمجرد العقد وهو المشهور، وفهم جماعة من كتاب الزكاة الثاني من المدونة وجوب نفقة الزوجة بعقد النكاح وجعلوه خلافاً لما في النكاح. وحكى صاحب الطرر وغيره عن سحنون التفرقة بين ذات الأب واليتيمة، فتجب لليتيمة بالعقد دون ذات الأب.

وَتُعْتَبَرُ بِحَالِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ، وَالْبَلَدِ وَالسِّعْرِ اتِّفَاقاً

يعني: أن الاعتبار في النفقة بحال الزوج والزوجة في العسر واليسر وكذلك أيضاً يعتبر البلد والسعر؛ إذ ليس بلد الجدب كبلد الخصب وليس زمان الرخاء كزمان الغلاء فإن الناس يقنعون بالقليل في زمن الغلاء بخلاف الرخص، وقد يقال: الاتفاق الذي

حكاه المصنف منقوض بما سيأتي لابن القاسم أنه لا يلزم الحرير مطلقاً وإن كان عادتهم فانظره، إلا أن يقال: كلامه هنا إنما هو بالنسبة إلى النفقة.

وإِنْ وَقَعَ خِلافٌ فَلِتَغَيُّرِهِ

يعني: أن ما وقع في المذهب من الخلاف في قدر النفقة وشبه ذلك فإنما هو لتغير حال البلد أو السعر. وفي بعض النسخ (فلغيره) وليست بجيدة؛ لأنه ليس الخلاف لغير المذكور بل لما ذكر. ويحتمل ضمير فلتغيره أن يعود على المتقدم، ويحتمل عوده على البلد، ألا ترى قوله: (**وَقَدَّرَ مَالِكٌ**... إلخ). **ابن راشد**: ويحتمل أن يعود على الحال؛ أي ليس في المذهب خلاف في اعتبار حال الزوج والزوجة.

ويحتمل أن يعود على السعر وهو عندي أصوب؛ لقوله: (**وَقَدَّرَ مَالِكٌ الْمُدَّ** [٤٢٠/أ] **فِي اليوم**... إلخ) قال: ولكن ما ذكره من اعتبار حال الزوج يشكل بالمرأة الأكولة جداً فإن الواجب عليه أن يشبعها أو يفارقها، فإذا كانت المرأة تأكل ربية وحاله مداً ومدين فأين اعتبار حاله. وإنما ذكر ما هو الغالب، أما لو استأجر أجيراً بطعامه فظهر أكولاً ففي المبسوط له أن يفسخ الإجارة؛ لأنه كعيب وجده إلا أن يرضى الأجير بطعام وسط فليس عليه أن يجبره على ذلك؛ لئلا يضر به. بعض الأصحاب: ويحتمل أن يعطيه طعاماً وسطاً كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما فأوتي بهما عظيمين فلا يلزمه حملهما ويأتي بالوسط وفيه نظر؛ لأن المحمول لا يتعين فلذلك ألزم فيه بالوسط.

وَقَدَّرَ مَالِكٌ الْمُدَّ فِي الْيَوْمَيْنِ، وقَدَّرَ ابْنُ الْقَاسِمِ ويبتين ونِصْفاً فِي الشَّهْرِ إِلَى ثَلاثَةٍ؛ لأَنَّ مَالِكاً بِالْمَدِينَةِ، وَابْنُ الْقَاسِمِ بِمِصْرَ، وقَالَ: إِنْ أَكَلَ النَّاسُ الشَّعِيرَ أَكَلَتْهُ ....

هذا تمثيل للخلاف الواقع لاختلاف البلد أو السعر، والمراد بالمد هنا المد الهشامي وهو منسوب إلى هشام بن إسماعيل المخزومي وكان أميراً بالمدينة في خلافة هشام بن

عبدالملك، كانت المرأة تأتيه ليفرض لها النفقة فكان يستقل أن يفرض لها بالمد الأصغر فرأى الزيادة عليه فزاد ثم زاد، ثم جمعه وجعله مداً، وتبعه على ذلك حكام المدينة وبلغ ذلك مالكاً فاستحسنه لما كان هو غالب أقواتهم.

ابن حبيب وغيره: وفي الويبة اثنان وعشرون مداً بمد النبي صلى الله عليه وسلم.

وقوله: (**لأَنَّ مَالِكاً**... إلخ) بيان للوجه الذي قاله كل منهما لتوسع أهل مصر واقتصار أهل المدينة على القليل.

وقوله: (**وَلَوْ أَكَلَ النَّاسُ الشَّعِيرَ**... إلخ) تصوره ظاهر.

وَأَمْرُ الإِدَامِ كَذَلِكَ، ولا يُفْرَضُ مِثْلُ الْعَسَلِ، والسَّمْنِ، والْحَالُومِ، والْفَاكِهَةِ، ويُفْرَضُ الْخَلُّ، والزَّيْتُ، والْحَطَبُ، والْمَاءُ، والْمِلْحُ، واللَّحْمُ الْمَرَّةَ بَعْدَ الْمَرَّةِ، قَالَ: ولَيْسَ الْمُرْضِعُ كَغَيْرِهَا فَتُزَادُ مَا تَتَقَوَّى بِهِ ....

كذلك: أي فيعتبر بحال الرجل والمرأة والسعر والبلد. ابن حبيب: ولا يفرض لها فاكهة ولا عسل ولا جبن ولا طير ونحوه، نقله اللخمي عن محمد إلا أنه لم ينص على عدم فرض الفاكهة. قال: وقول ابن حبيب: لا تفرض فاكهة؛ يحسن في المتوسط لا في ذي اليسار. وزاد ابن شاس عنه بعد قوله: ولا فاكهة لا خضراء ولا يابسة ولا القطنية ولا ما أشبه ذلك؛ ويفرض الخل والزيت للأكل والوقيد والماء للشرب والغسل والوضوء.

وقوله: (**واللَّحْمُ الْمَرَّةَ بَعْدَ الْمَرَّةِ**) قالوا: ولا يفرض كل يوم.

وقوله: (**ولَيْسَ الْمُرْضِعُ كَغَيْرِهَا**) أي فتزاد بحسب الحال.

فرعان:

الأول: لو أراد الرجل أن تأكل معه المرأة ولم ترضَ المرأة إلا بالفرض فالقول قولها، نص عليه غير واحد. وكذلك أيضاً تضم نفقة بنيه الأصاغر إلى نفقتها إلا أن يكون مقلاً

فلا تضم نفقتهم معها، وينفق على ولده بقدر طاقته وإلا فهم من فقراء المسلمين، ولا يفرق بينهم وبين أمهم وجد ما ينفق عليهم أم لا، قاله المتيطي.

الثاني: لو مرضت المرأة فقل أكلها أو خرجت قليلة الأكل وطلبت قوتاً كاملاً فهل يقضى لها به أم لا يقضى لها إلا بكفايتها؟

أبو عمران: يقضى بالوسط وتصرف الباقي فيما أحبت، وتردد في ذلك ابن سهل، وقال المتيطي: الصواب عندي أنه لا يكون لها إلا ما تقدر عليه من الأكل وذلك أحق في المريضة من الصحيحة؛ إذ النفقة في مقابلة الاستمتاع. **ابن راشد**: وليس لمالك فيها نص.

وَأَمْرُ الْكِسْوَةِ كَذَلِكَ

أي: فيرجع أيضاً في جنسها، وقدرها إلى حالها وحاله في النفقة، ويعتبر أيضاً الزمان والمكان.

مِمَّا يَصْلُحُ لِلشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ مِنْ قَمِيصٍ، وجُبَّةٍ، وخِمَارٍ، ومِقْنَعَةٍ، وإِزَارٍ، وشِبْهِهِ مِمَّا لا غَنَاءَ عَنْهُ، وغِطَاءٍ، ووِطَاءٍ، وَوِسَادَةٍ، وسَرِيرٍ، إِنِ احْتِيجَ إِلَيْهِ لِعَقَارِيبَ أَوْ بَرَاغِيثَ أَوْ فِئْرَانٍ ....

تصوره واضح. وذكر ابن حبيب أكثر مما قاله المصنف على حسب ما اقتضته بلاده كالفرو واللفافة.

وقوله: (**وإِزَارٍ**) يحتمل أن يريد به ما تشده في وسطها، ويحتمل أن يريد به ما تتأزر به في خروجها فيؤخذ من كلامه أنه يفرض عليه الإزار للخروج.

وفي اللخمي: ويختلف في ثياب خروجها كالثياب التي جرت العادة أن تخرج بها والملحفة، والظاهر من المذهب لا شيء لها، وقال في المبسوط: يفرض على الغني ثياب خروجها.

ابن حبيب: وعليه حصير من حلف أو بردي يكون تحت الفراش، وينبغي أن يرجع إلى العرف في جميع هذه الأشياء.

قَالَ أَشْهَبُ: ومِنْهُنَّ لَوْ كَسَاهَا الصُّوفَ أَنْصَفَ، وأُخْرَى لَوْ كَسَاهَا الصُّوفَ أَدَّبَ

هذا ظاهر؛ لأن حكم الكسوة يختلف باختلاف أحوال الزوجات.

قَالَ مَالِكٌ: ولا يَلْزَمُهُ الْحَرِيرُ. فَعَمَّمَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ، وتَأَوَّلَهُ ابْنُ الْقَصَّارِ لِلْمَدَنِيَّةِ لِقَنَاعَتِهِمْ ....

تأويل ابن القصار هو الصواب عند جماعة من الشيوخ.

وَالأَصْلُ أَنَّ مَا هُوَمُحْتَاجٌ إِلَيْهِ يُفْرَضُ، ومَا هُوَ زِيَادَةٌ فِي مَعْنَى السَّرَفِ لا يُفْرَضُ، ومَا هُوَمِنَ التَّوَسُّعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا ولَكِنَّهُ عَادَتُهَا فِيهِ قَوْلانِ ....

هذا الضابط الذي ذكره [٤٢٠/ ب] المصنف لابن بشير، ومن أمثلة ما هو من التوسع بالنسبة إليها ولكنه عادتها الحرير.

قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: ولا يَلْزَمُهُ مَا هُوَمِنْ شُورَتِهَا الَّتِي هِيَ مِنْ صَدَاقِهَا مِنْ مَلْبَسٍ وَغِطَاءٍ وَوِطَاءٍ، وَلَهُ عَلَيْهَا الاسْتِمْتَاعُ مَعَهَا بِهِ ..

ما ذكره عن عبد الملك قاله ابن حبيب وجماعة من الشيوخ أيضاً، وهو جارٍ على المشهور أن المرأة يلزمها أن تجهز بصداقها، وأما على الشاذ فلا.

ابن حبيب: وإن طال العهد وخلقت الشورة أو لم يكن في صداقها ما تتشور به، فعليه الوسط من ذلك لما يصلح للشتاء والصيف، وكذلك قال أصبغ يفرض الوسط لمن لا شورة لها.

وَلَهَا مِنَ الزِّينَةِ مَا تَسْتَضِرُّ بِتَرْكِهِ كَالْكُحْلِ الْمُعْتَادِ، والْحِنَّاءِ، والدُّهْنِ لِمُعْتَادَتِهِ، ونَفَى ابْنُ الْقَاسِمِ الْمُكْحُلَةَ

هو ظاهر التصور. **ابن المواز**: وعليه الحناء لرأسها. **ابن حبيب**: وعليه دهن رأسها ويسير حناء ومشط وكحل.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم: ليس عليه نضوح ولا صباغ ولا مشط ولا مكحلة. وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب: لها الحناء لرأسها وليس عليه الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين إلا أن يشاء.

الباجي: ومعنى ذلك عندي أنه ليس عليه من زينتها إلا ما تستضر بتركه كالكحل الذي يضر تركه من تعتاده والمشط بالحناء والدهن لمن اعتاد ذلك؛ لأن ترك ذلك لمن اعتاده يفسد الشعر ويمزقه. والذي نفى ابن القاسم إنما هو المكحلة ولم ينفِ الكحل نفسه، فتضمن القولان أن الكحل يلزمه دون المكحلة، وعلى هذا يلزمه ما تمتشط به من الدهن والحناء دون الآلة التي تمتشط بها.

وَلا يَلْزَمُهُ دَوَاءٌ، ولا أُجْرَةُ حَجَّامٍ

هذا أكثر نصوصهم وهو قول ابن حبيب، ونقل ابن زرقون عن ابن حبيب محمد بن عبد الحكم أنه يلزمه أجر الطبيب والمداواة، وهو الظاهر.

بِخِلافِ أُجْرَةِ الْقَابِلَةِ لِلْوَلَدِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: فتلزمه، والأصح لأصبغ وهو اختيار غير واحد؛ لأنها مما لا بد لها منه كالنفقة. ونقل المتيطي وغيره قولاً أن الأجرة كلها على المرأة. وقال محمد: إن كانت المنفعة للمرأة فعليها، وإن كانت للولد فعلى الأب، وإن كانت لهما فذلك بينهما. ويمكن أن يكون مراد المصنف بـ (**الأَصَحُّ**) قول محمد لقوله: (**لِلْوَلَدِ**) والله أعلم.

وَأَمْرُ السُّكْنَى كَذَلِكَ

أي: فيقدر بحالها كما في النفقة والكسوة.

وَلَهَا إِخْدَامُهَا بِكِرَاءٍ أَوْ شِرَاءٍ إِنْ كَانَتْ ذَاتَ قَدْرٍ وكَانَ قَادِراً

اختلف هل يجب الإخدام على جميع الأزواج كالنفقة والكسوة أو يشترط الاتساع لذلك؟

وكلام المصنف محتمل لكل منهما؛ لأنه إن أراد بالقدرة مطلق القدرة كان كالقول الأول، وإن أراد بالقدرة الاتساع كان كالثاني.

وقوله: (**بِكِرَاءٍ أَوْ شِرَاءٍ**) يريد: أوينفق على خادمها. **الباجي**: أو يخدمها هو بنفسه.

فرعان:

الأول: فإن ادعى الزوج أنه غير مستطيع للإخدام ففي كون القول قوله أو قولها قولان حكاهما صاحب الطرر.

الثاني: إذا عجز عن الإخدام وقدر على النفقة والكسوة ففي البيان: المشهور أنه لا يطلق عليه بذلك. وروى المغيرة عن ابن الماجشون أنه يطلق به عليه. قال الجوهري: والخادم ما يقوم بأمرها مما يليق بمثلها.

وَفِي إِلْزَامِهِ أَكْثَرَ مِنْ خَادِمٍ فِي الرَّفِيعَةِ - ثَالِثُهَا: إِنْ طَالَبَهَا بِأَحْوَالِ الْمُلُوكِيَّةِ لَزِمَهُ ....

القول باللزوم لمالك وابن القاسم، ومقابله لابن القاسم في الموازية وقاله أصبغ، والثالث ذكره ابن بشير.

قال ابن راشد: وجعله إسحاق بن إبراهيم على ما نقله عنه ابن مزين تفسيراً للأول والأظهر الأول، وعندنا بمصر من يحتاج إلى خدام كثيرة.

فَإِنْ كَانَ لَهَا خَادِمٌ واخْتَارَتْ بَقَاءَهَا لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا

هكذا قال مالك وابن القاسم: أنها إن طلبت الإنفاق على خادمها دون خادمه أن القول قولها.

ابن شاس: إلا أن تضمر ريبة. قيل: ولا يكون القول قوله بمجرد دعواه ذلك إلا أن يأتي ببينة على قوله أو يعرف ذلك جيرانه.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَهْلاً لِلْخَادِمِ أَوْ كَانَ فَقِيراً فَعَلَيْهَا الْخِدْمَةُ الْبَاطِنَةُ مِنْ عَجْنٍ وكَنْسٍ وفَرْشٍ بِخِلافِ النَّسْجِ والْغَزْلِ وشِبْهِهِ .....

تصوره ظاهر. **ابن شاس**: وكذلك عليها الطبخ واستقاء الماء إن كان معها في الدار، وإن كانت ببلد عادتهم استقاء الماء فعليها ذلك، وإن كان ليس عادتهم استسقاء قال في البيان: إلا أن يكون الزوج من أشراف الناس الذين لا يمتهنون أزواجهم في الخدمة فعليه الإخدام، وإن لم تكن زوجته من ذوات الأقدار.

ابن خويزمنداد: وعلى المرأة أن تخدم خدمة مثلها، فإن كانت ذات قدر فخدمتها الأمر والنهي في مصالح البيت، وإن كانت دنية فعليها خدمة البيت.

وقوله: (**بِخِلافِ النَّسْجِ والْغَزْلِ**) يريد: والخياطة ونحوها؛ لأنه ليس من خدمة البيت، وإنما هو من أنواع التكسب وليس عليها أن تتكسب إلا أن تتطوع به.

فرع:

للزوج أن يمنع زوجته من أكل الثوم والكرات وكل ما له رائحة كريهة، وله منعها من الغزل ونحوه نقله ابن راشد.

وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ مَنْعُ أَبَوَيِ الْمَرْأَةِ وَوَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ أَنْ يَدْخُلُوا إِلَيْهَا، وإِنْ حَلَفَ أُحْنِثَ

إنما لم يكن له منع أبويها وولدها من غيره من الدخول إليها؛ لأن العادة تقتضي الدخول إليها [٤٢١/أ] والتزاور، وقد ندب الشرع إلى ذلك المشاور، فإن اتهمهما في إفسادها زاراها في كل جمعة مرة بأمينة تحضر معهما لئلا يَخْلُوَا بها. وفي المتيطية: إذا كان للمرأة أولاد من غيره قضى للأصاغر بالدخول عليها في كل يوم وللكبار في كل جمعة.

وظاهر قوله: (**وَإِنْ حَلَفَ أُحْنِثَ**) أنه يحنث بمجرد حلفه ألا يدخلوا إليها، وهو قول مالك في سماع أشهب. وقال ابن حبيب: لا يحنث حتى يحلف ألا يدخلوا إليها ولا تخرج إليهم، وينبغي أن يكون الحال في الولد أشد ولاسيما مع صغر السن، فإن حلف على أبويها أن لا يدخلا ولا تخرج إليهما، فقيل: يجبر على تحنيثه بأي الأمرين شاء، إما بدخولهما إليها وإما بخروجها إليهما، وقيل: يجبر على الدخول أو الخروج ولا يحنث حتى يزيد في يمينه، ولو حكم عليه حاكم وهما على الخلاف في إكراه القاضي هل يمنع من الحنث أم لا؟

وَلَوْ حَلَفَ عَلَى مَنْعِهَا هِيَ مِنَ الْخُرُوجِ لَمْ يُحَنَّثْ

إنما لم يحنث هنا؛ لأنه حلف على من له عليه الحكم بخلاف ما سبق.

وَلا يَنْبَغِي أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ إِلَيْهِمَا فِي لَوَازِمِ الْحُقُوقِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ لَمْ يُحَنَّثْ ....

هذه المسألة لم تثبت في كل النسخ وسقطت من نسخة ابن عبد السلام وثبتت في نسخة ابن راشد، فقال: يريد ما قاله مالك أرى أن يقضى عليه بأن تشهد جنازة أبيها وأمها وتزورهما في الأمر الذي فيه الصلاح والصلة، وأما الحمام والجنائز فلا أرى عليه ذلك.

وتحقيق المذهب أن المرأة إذا أرادت الخروج إلى أبيها وأمها فإن كانت متجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج إلى زيارتهما، وإن كانت شابة وهي غير مأمونة فلا خلاف أنها لا يقضى لها بذلك ولا إلى الحج، كذا رواه ابن عبد الحكم عن مالك، وإن كانت مأمونة فقولان: أحدهما: أنه يقضى عليه بذلك، والآخر أنه لا يقضى حتى يمنعها من الخروج إليهم ويمنعهم من الدخول إليها، فحينئذٍ يقضى عليه بأحدهما.

قال ابن حبيب: والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت أنها غير مأمونة، وعلى هذا فقول المصنف: فلو حلف على ذلك لم يحنث؛ ليس على إطلاقه.

فرعان:

الأول: قال مالك في العتبية: ليس للرجل أن يسكن أولاده من امرأة مع امرأة له أخرى، ولا يجمعهم في مسكن واحد إلا أن ترضى.

مالك: وليس له أن يُسكن معها أبويه إلا برضاها. قال في البيان: لما عليها من الضرر من اطلاعهم على أمرها وما تريد أن تستره عنهم من شأنها. وقال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول: إن أهلك يؤذونني فأخرجهم عني، أو أخرجني عنهم: رب امرأة لا يكون لها ذلك يكون صداقها قليلاً وتكون وضيعة القدر، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها وفي المنزل سعة، فأما ذات القدر فلابد له أن يعزلها عنهم، وإن حلف ألا يعزلها أحمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه. قال في البيان: وليس قول ابن الماجشون عندي خلافاً لمذهب مالك.

الثاني: إذا كان للمرأة أولاد من غير زوجها وأراد إخراجهم عنه وأبت ذلك، فإن لم يكن لأولادها من يحضنهم فليس للزوج إخراجهم، وليس له إلا البقاء معهم أو التطليق علم بهم أو لم يعلم، وإن كان للأولاد من يحضنهم فإن لم يعلم الزوج بهم فلا يلزمه أن يكونوا معه وله إخراجهم، وكذلك إذا علم بهم وأبى من البناء بها لأجلهم، وأما إن علم بهم وبنى بالأم وهو عالم أن لها ولداً ثم أراد إزالته عنها ففي ذلك قولان، ظاهر ما في العتبية أنه ليس له إزالته، وقال ابن الماجشون: له ذلك.

وَيَجُوزُ أَنْ تُعْطَى عَنْ جَمِيعِ لَوَازِمِهَا ثَمَناً إِلا الطَّعَامَ فَفِيهِ قَوْلانِ

ظاهره أن الذي على الزوج في الأصل هو ما يفرض للمرأة لا ثمنه، وأن للزوج أن يعطي الثمن عن ذلك، وهو ظاهر المذهب. وقال ابن وهب: هو بالخيار إن شاء فرض ذلك وإن شاء فرض ثمنه، واستشكله عياض وقال: القياس ألا يكون له دفع الثمن إلا

برضاها؛ لأنه إنما هو وجب عليه طعام وكسوة ولم تجب عليه قيمة فلا يلزم الزوج غير ذلك، وكذلك لا يلزمها قبول الثمن لما يلزمها من مؤنة تكليف الشراء، وقد تختلف الأثمان بارتفاع الأسواق فيضر ذلك بها.

وحكى أبو الحسن في المسألة أربعة أقوال: **قيل**: يفرض الثمن، **وقيل**: العين، **وقيل**: إن كانت الأعيان مما يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأثمان، وإن كانت مما لا يجوز بيعها قبل قبضها فرض لها الأعيان، **وقيل**: الإمام مخير بين أن يفرض لها الأثمان أو الأعيان. وأخذ من المدونة من قوله: إن للرجل أن يحاسب امرأته بدينه الذي له عليها من نفقتها أنه إن شاء دفع النفقة عيناً لم يجبر على غير ذلك.

وقوله: (**إِلا الطَّعَامَ فَفِيهِ قَوْلانِ**) منشأهما: هل تحريم بيع الطعام قبل قبضه غير معلل فيمنع، أو معلل بالغيبة فيجوز؛ لأنها مفقودة بين الزوجين؟

وَتَقْدِيرُ زَمَانِ النَّفَقَةِ عَلَى حَالِ الزَّوْجِ فَقَدْ يَكُونُ بِالْيَوْمِ أَوْ بِالْجُمُعَةِ أَوْ بِالشَّهْرِ وقَدْ يَكُونُ بِخُبْزِ السُّوقِ ....

لأن من الناس من [٤٢١/ب] يكون رزقه باليوم كالصناع والأجراء فيفرض عليهم به، ومنهم من يكون بالجمعة فيفرض عليهم بها، ومنهم من يكون بالشهر فيفرض عليهم به، وأجاز ابن القاسم أن يفرض بالسنة ومنع ذلك سحنون لحوالة الأسواق، وقد يكون بخبز السوق؛ لأن بعض الناس لا يقدر إلا على ذلك.

اللخمي: وأما الكسوة فتفرض مرتين في الشتاء والصيف؛ لأنها مما لا يتبعض، وتكون بالشهر والأيام وكذلك الغطاء والوطاء.

وتَضْمَنُهَا بِالْقَبْضِ، وكَذَلِكَ نَفَقَةُ وَلَدِهَا

يعني: أن المرأة إذا قبضت نفقة مدة مستقبلة فضمانها لو هلكت منها، وسواء قامت لها البينة على الضياع أم لا، هذا ظاهر المدونة ونص الموازية.

وخرج اللخمي قولاً بسقوط الضمان مع قيام البينة على الضياع مما قيل في الصداق العين.

ابن بشير: ولا يلزم؛ لأن الخلاف في الصداق إنما هو إذا طلق فوجب الرجوع بنصفه، وفي المذهب قولان: هل تستحق جميعه بالعقد أم لا؟ وأما النفقة فقد وجبت لها.

وقوله: (**وكَذَلِكَ نَفَقَةُ وَلَدِهَا**) أي تضمنها.

عياض: إلا أن تقدم لها بينة على الهلاك فلا تضمنها؛ لأنها لم تقبضها لنفسها ولا هي متمحضة للأمانة؛ لأنها إنما أخذتها لحق ولدها فتضمنها كالرهان والعواري، وهذا إنما هو فيما تأخذه لولدها من كسوة ونفقة للإنفاق عليهم، وأما ما تأخذه أجرة للرضاع بعد الطلاق فهو كنفقتها. **ابن عبد السلام**: وذكر بعضهم فيما تلف مما قبضته لها ولولدها من كسوة ونفقة ببينة ثلاثة أقوال: قيل تضمنه وقيل لا تضمنه، والفرق بين ما تقبضه عن نفسها فتضمنه وما قبضته عن ولدها فلا تضمنه، وقيل: كل ما تقبضه لولدها أنها مصدقة في تلفه وتحلف.

وَيُحَاسِبُهَا مِنْ دَيْنِهِ إِنْ كَانَتْ مُوسِرَةً، وإِلا فَلا

يعني: إذا كان له على زوجته دين وطلبته بنفقتها فله المقاصة ما لم يؤدِّ ذلك إلى ضررها كما إذا كانت فقيرة. وكذلك قال في المدونة: قيل: ومعناه أن دينها من نوع ما فرض عليه. وأخذ من هذه المسألة شيئان: أولهما إلزام المتداينين المقاصة إذا دعا إليها أحدهما وهو المشهور وسيأتي، وثانيهما أن للزوج دفع النفقة عيناً ولا يجبر على غير ذلك، إلا أن هذا الثاني لا يتم على تأويل من تأول أن الدين من جنس ما وجب لها عليه والله أعلم.

وَتَسْقُطُ النَّفَقَةُ بِالنُّشُوزِ

ابن شاس: هذه هي الرواية المشهورة. وذكر ابن بشير أن الأبهري وغيره حكوا الإجماع عليها وفيه نظر؛ لأن في الموازية أنها لا تسقط به.

المتيطي: وهو الأشهر. وفرق سحنون: فإن نشزت لبغضه فلها النفقة لا إن كان لدعواها الطلاق، والسقوط هو اختيار الباجي واللخمي وابن يونس وغيرهم، وهو قيد بها إذا لم تكن حاملاً، نص عليه صاحب الكافي وغيره.

وَهُوَ مَنْعُ الْوَطْءِ وَالاسْتِمْتَاعِ، أَوِ الْخُرُوجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ولا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهَا، وأَمَّا الْقَادِرُ فَيَتْرُكُهَا فَلَهَا اتِّبَاعُهُ بِالنَّفَقَةِ ....

هذا تفسير للنشوز المسقط للنفقة وتصوره ظاهر، والخروج مرفوع بالعطف على منع، وكلام المصنف يقرب من كلام صاحب الجواهر. وفي كتاب الوقار: وإن حجبت نفسها من زوجها وطلبت منه النفقة فلا نفقة لها ما حجبت عنه نفسها، وإن كانت معه في منزل فمنعته نفسها فعليه النفقة وعليه الاحتيال في الوصول إليها، وظاهر كلام المصنف أنها إذا منعته الوطء فهو نشوز وإن كانت معه في الدار.

قوله: (**وأَمَّا الْقَادِرُ فَيَتْرُكُهَا فَلَهَا اتِّبَاعُهُ بِالنَّفَقَةِ**) هكذا نص عليه ابن القابسي وهو ظاهر؛ لأن النشوز حينئذٍ لا يتحقق؛ إذ قدرته على الرد قدرة على الاستمتاع، ولكن يؤدبها هو أو غيره على خروجها بغير إذنه.

ابن عبد السلام: وينبغي أن يكون وجوب النفقة لها هنا متفقاً عليه وهو ظاهر كلام بعضهم، على أن بعضهم عده قولاً آخر للقابسي.

وَلَهُ السَّفَرُ بِهَا وَإِنْ كَرِهَتْ

هذا بشرط أن يكون مأموناً عليها، وأن يكون البلد الذي يسافر إليه مأموناً، والسفر كذلك نص عليه ابن الجلاب.

وَتَسْقُطُ بِالطَّلاقِ الْبَائِنِ دُونَ الرَّجْعِيِّ

سقطت بالبائن لانقطاع الزوجية ولقوله تعالى: ﴿ **وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾ [الطلاق: ٦] والمراد المطلقة البائن، فدل على أنه لا نفقة لها إذا لم تكن حاملاً، وأما الرجعي فهي في حكم الزوجة.

وَالْبَائِنُ فِي السُّكْنَى وَنَفَقَةِ الْحَمْلِ كَالرَّجْعِيَّةِ

للآية المتقدمة، واعلم أن أصحابنا حيث ذكروا نفقة الحمل فإنما يريدون حمل البائن، وأما من في العصمة والرجعية والمتوفى عنها فلا نفقة لحملهن، أما الأوليان فلاندراج نفقة الحمل في النفقة عليهما، وأما المتوفى عنها فحملها وارث، وحيث ما وجبت النفقة وجبت الكسوة. **ابن القاسم**: وإن طلبت المبتوتة الحامل الكسوة فإن كانت في أول الحمل فذلك لها، وإن لم يبق من آخر الحمل إلا ثلاثة أشهر ونحوها قوّم ما كان يصير لتلك الشهور من الكسوة لو كسيت في أول الحمل ثم أعطيت تلك القيمة دراهم. قال في البيان: وقوله: إن كانت في أول الحمل فذلك لها؛ إنما هو إذا كانت الكسوة مما تبلى [٤٢٢/ أ] في مدة الحمل، وأما إن كانت مثل الفرو وشبهه فالوجه أن ينظر إلى ما ينقصه اللباس في مدة الحمل فيعرف ما يقع للأشهر الباقية.

فروع:

الأول: قال اللخمي: اختلف إذا بليت الكسوة قبل الوقت الذي فرض لها هل يكون كحكم مضى أم لا كالخارص يتبين خطأه والذي أخذ دية عينه ثم برئت، فقد اختلف في ذلك.

الثاني: قال في كتاب القذف من المدونة، قال مالك: وإن دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها بفريضة أو بغير فريضة ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو شهرين فلترد النفقة

بقدر ما بقي من السنة، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر لا ترد شيئاً، فقال: لا يعتدل هذا تعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهر ثم لا تتبع بشيء.

الثالث: سئل ابن عتاب عن المطلقة المرضع أو الحامل هل لها خدمة على الزوج إن كانت عنده مخدومة قبل الطلاق؟ فقال: لا خدمة لها وعليها خدمة نفسها. قال: ويحتمل أن تزاد المرضع في الأجرة لاشتغالها بالولد وما تتكلفه من مؤنته.

أبو الأصبغ: وفي المدونة في الحامل والمحضونين خلاف ما ذكره.

فَلَوْ مَاتَ فَالْمَشْهُورُ وُجُوبُهَا فِي مَالِهِ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ: هِيَ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا سَوَاءٌ

يعني: فلو طلَّقها زوجها طلاقاً بائناً فوجب لها السكنى ثم مات عنها قبل أن تنقضي عدتها فالمشهور لا يسقط ما وجب لها بموته؛ لأن السكنى وجبت ديناً عليه.

(**وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ: هِيَ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا سَوَاءٌ**) لا سكنى لها. واختار هذه الرواية يحيى بن عمر وصاحب البيان. وقال في البيان: لأن السكنى لم تتقرر في ذمته بدليل أنه لو أعسر في حياته لسقط عنه السكنى، قال: ولو كان الطلاق رجعياً لم يختلف في سقوط السكنى كما تسقط النفقة لأن المرأة ترجع إلى عدة الوفاة فلا سكنى لها إلا أن تكون الدار للميت أو نقد كرائها. انتهى.

واختلف الشيوخ في فهم رواية ابن نافع؛ ففهمها بعضهم على أنه لا سكنى لها مطلقاً، وفهمها بعضهم على أنها لا سكنى لها حيث لا سكنى للمتوفى عنها زوجها، أعني إذا لم تكن الدار للميت ولا نقد كرائها وإلا فتجب كما تجب للمتوفى عنها وهو ظاهر لفظ التسوية المذكورة في الرواية. ومن فهمها على الوجه الأول عد التفرقة قولاً ثالثاً لأنه وقع نصاً لابن القاسم في المدونة.

تنبيه: ما ذكره المصنف أنه المشهور وهو مذهب المدونة نص عليه في باب نفقة المعتدات، وعارضه فضل بما في إرخاء الستور إذا خالع حاملاً فلزمته النفقة ثم مات أنها تنقطع عنها بموته. قال فضل: هذا خلاف ما له في كتاب طلاق السنة وهو موافق لرواية ابن نافع. وفرق بعض القرويين بأن النفقة حق للحمل على أبيه وبعد موت الأب صار الحمل وارثاً فلم تجب له نفقة في مال الميت بخلاف السكنى فإنها حق تعلق بذمة المطلق لمطلقته فلا يسقطها الموت كسائر الديون.

فَلَوْ كَانَتْ مُرْضِعَةً فَعَلَيْهِ مَعَ نَفَقَةِ الْحَمْلِ نَفَقَةُ الرَّضَاعِ

يعني: فلو كانت البائن الحامل مرضعة لزيد لها مع نفقة الحمل نفقة الرضاع، وظاهره أنها تأخذ جميع النفقتين على الكمال. وصرح في العتبية بذلك، قال في البيان: لأنها لا رضاع عليها إلا أن تشاء فتكون لها الأجرة لقوله تعالى: ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾ [الطلاق:٦] فليس وجوب النفقة لها بسبب الحمل بالذي يسقط ما وجب لها من الأجرة.

ابن عبد السلام: وقيل: إنما تأخذ نفقة واحدة. وحكى بعضهم الخلاف في ذلك مجملاً، قيل: وهو دليل المدونة أنه ليس لها إلا نفقة الحمل وحدها، لأن في كتاب الرضاع منها أن على المرأة أن ترضع ولدها بعد الطلاق في العدة ما دامت النفقة على الزوج. قال في البيان: فذهب بعضهم إلى أن هذا مخالف لما في العتبية وليس بصحيح.

وَلِلْمُلاعِنَةِ السُّكْنَى لا نَفَقَةُ الْحَمْلِ كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا

إنما وجب للملاعنة السكنى لكونها محبوسة بسببه كما تقدم.

وقوله: (**لا نَفَقَةُ الْحَمْلِ**) لأنه غير لاحق به كالمتوفى عنها تشبيه في الحكم فقط لا في سبب، لأن سبب عدم وجوب النفقة لحمل الملاعنة عدم لحوقه، وسبب عدم الوجوب للمتوفى عنها لأن حملها وارثاً.

وَلا نَفَقَةَ لِحَمْلِ أَمَةٍ لأَنَّهُ رَقِيقٌ وإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حُرّاً

يعني: أن من تزوج أمة ثم طلقها طلاقاً بائناً فلا نفقة لحملها سواء كان زوجها حراً أو عبداً؛ لأن حمل الأمة ملك لسيدها ولا ينفق على عبد الغير.

وَلا عَلَى عَبْدٍ لِحَمْلٍ أَوْ وَلَدٍ وإِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ حُرَّةً إِلا أَنْ تَكُونَ رَجْعِيَّةً فِيهِمَا

يعني أن العبد إذا تزوج امرأة حرة كانت أو أمة فطلقها بعد البناء طلاقاً بائناً وهي حامل لم يكن لها نفقة لذلك الحمل؛ لأنه لا يجب على العبد أن ينفق على ولده؛ لأنه إتلاف لمال سيده فيما لا يعود على سيده منه منفعة، فإن أعتق العبد قبل الوضع فإن كانت حرة أنفق على حملها بخلاف الأمة إلا أن تعتق هي أيضاً. قاله في المدونة.

وقوله: (**إِلا أَنْ تَكُونَ رَجْعِيَّةً فِيهِمَا**) أي في هذا الفرع والذي [٤٢٢/ ب] قبله لأن الرجعية في حكم الزوجة.

وَتَجِبُ بِثُبُوتِ الْحَمْلِ بِالنِّسَاءِ

يعني: إذا شهدت امرأتان بظهور الحمل وبتحرك الولد وهو راجع إلى المشهور. وسمعت بعض شيوخنا يقول: إنه ثالث. ونظير هذه المسألة هل تلاعن لظهور الحمل أم لا؟ قال في الجلاب: وتعطى حين يظهر حملها بحركته نفقة الحمل كله من أوله إلى آخره.

وَفِي رُجُوعِهِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ بِحُكْمٍ رَجَعَ، ورَابِعُهَا: عَكْسُهُ

أي: وإذا فرعنا على المشهور وأنفق لظهور الحمل ثم تبين ألا حمل فهل يرجع بالنفقة أم لا؟ أربعة أقوال: فالرجوع مطلقاً، قال في البيان: هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك. واختاره ابن المواز وغيره لأنه إنما أنفق على الحمل لا على وجه الصدقة والصلة. وعدم الرجوع مطلقاً لمالك في الموازية. والثالث لمالك في العتبية: إن دفع لها بحكم رجع

عليها لأنه قد استبان أن الأمر على خلاف ما ثبت، وإن دفع بغير حكم لم يرجع عليها لأنه متطوع.

والرابع عكسه: ووجهه أنه مع قضاء القاضي لو رجع عليها لكان في معنى نقض الحكم بخلاف ما إذا لم يقض، ونسبه ابن راشد لعبد الملك، قال: ورواه عن مالك.

خليل: وفيه نظر، فإن الذي لعبد الملك إنما هو القول الأول على ما في البيان وغيره، قال في البيان: ولهذه المسألة نظائر منها مسألة كتاب الشفعة من المدونة في الذي يثيب على الصدقة وهو يظن أن الثواب يلزمه، ومنها مسألة كتاب الصلح فيها في الذي يصالح عن دم خطأ وهو يظن أن الدية تلزمه.

وَتَسْقُطُ بِالإِعْسَارِ فِي زَمَانِ وُجُوبِهَا فَلا تَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَتْهُ فِي غَيْبَتِهِ أَوْ حُضُورِهِ

يعني: أن نفقة الزوجة لا تجب إلا بشرط الملاء ولو كان الزوج قد دخل بزوجته وهو مراده بقوله: (**فِي زَمَانِ وُجُوبِهَا**) ودليله قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ﴾ [الطلاق: ٧]، وهذا معسر لم يؤته الله شيئاً فلا يكلف شيئاً، وإذا لم يكلف بها لم ترجع عليه بما أنفقت في تلك المدة.

بِخِلافِ مَا أَنْفَقَتْهُ عَلَيْهِ مُعْسِراً أَوْ مُوسِراً كَالْمُنْفِقِ عَلَى أَجْنَبِيٍّ إِلا أَنْ يَكُونَ بِمَعْنَى الصِّلَةِ، وَلا يُقْضَى بِالسَّرَفِ مِنْ ذَلِكَ كَدَجَاجٍ وخِرَافٍ ..

أي: فترجع بما أنفقته عليه ولو كان معسراً؛ إذ كأنها أسلفته، والتسلف يثبت في ذمة المعسر فترجع عليه كما ترجع إذا أنفقت على أجنبي إلا أن يكون بمعنى الصلة؛ أي في الزوج والأجنبي فلا ترجع ولا إشكال في ذلك. وخالف اللخمي في الزوج ورأى أنها لا ترجع بما أنفقته عليه وإن لم تكن على وجه الصلة لأن ذلك مكارمة، ولأنه قيل من قول ابن القاسم إذا أسكنته دارها، ولأنه لا ثواب بين الزوجين إلا أن يشترط أو يرى ذلك.

وقوله: **(ولا يُقْضَى... إلخ)** يعني إذا وجب الرجوع لها على زوجها بما أنفقته عليه أو على نفسها أو ولدها ووجب الرجوع بما أنفقته على الأجنبي فإنها ترجع عليه بالمعتاد في حق المنفق عليه، فأما ما كان سرفاً بالنسبة إليه فلا ترجع به على المنفق عليه، لأن المفهوم من قصد المنفق العطية إلا أن تكون التوسعة في زمنها كالأعياد فترجع بذلك، ولم يذكروا في ذلك خلافاً. وقد اختلف في مسألة مشتري الدار على أن ينفق على البائع حيلة هل يرجع المشتري إذا فسخ البيع بالسرف أم لا، وفرقوا بينها وبين مسألة الزوجة بأن العطية في مسألة الشراء لأجل الشراء فترجع بها على ما هو الأصل في الهبة لأجل البيع ولأجل النكاح.

ابن عبد السلام: وهذا إنما ينهض حيث تقول المرأة قصدت الرجوع بما أنفقت، ويقول زوجها أو الأجنبي إنما ظننت أن النفقة على وجه الصلة؛ لم يقبل ذلك منه وقُضي لها، وأما إن اتفق المنفق والمنفق عليه أن النفقة على الرجوع فلا يتحقق ذلك الفرق، والله أعلم.

فرعان:

الأول: لا تسقط النفقة بما إذا تعذر الوطء من غير جهتها كمرض أو حيض أو جنون، وكذلك لو دخل على رتقها، وكذلك إذا أذن لها في حج التطوع، وأما الفريضة فإن النفقة لها ولو خرجت بغير إذنه إذا خرجت مع محرم أو رفقة مأمونة وتكون لها نفقة حضر لا نفقة سفر. ولها النفقة إذا حبست في دين؛ لأن المنع ليس من جهتها، ولا تسقط بحبس زوجها ولو حبسته هي في حقها، حكاه ابن الجلاب وغيره.

الثاني: قال في المدونة: ومن أنفق على صبي صغير لم يرجع عليه بشيء إلا أن يكون للصبي مال حين أنفق.

ابن يونس: يريد والمنفق عالم فيرجع بما أنفق عليه في ماله، فإن تلف ذلك المال أو كبر الصبي فأفاد مالاً لم يرجع عليه بشيء. وزاد غيره ثلاثة شروط: أن يقول المنفق إنما أنفقت لأرجع ويحلف على ذلك، وأن يرجع بالمعتاد لا بالسرف. قيل: وما ذكره ها هنا في المدونة

مناقض لما في كتاب تضمين الصناع فيمن أنفق على صبي فإذا له أب أن يرجع على الأب بما أنفق، ولا فرق بين أن يكون للصبي مالٌ لم يعلم به المنفق أو أب لم يعلم به المنفق.

فَإِنْ كَانَ مُوسِراً ثُمَّ أَعْسَرَ اسْتَقَرَّ الْمَاضِي فِي ذِمَّتِهِ فَرَضَهُ الْحَاكِمُ أَوْ لَمْ يَفْرِضْهُ

يعني: أن الإعسار إنما يسقط نفقة زمانه فقط ولا يسقط ما قبل ذلك، وكلامه ظاهر.

وَكَذَلِكَ نَفَقَةُ الْحَامِلِ

أي: تسقط بالإعسار ولا يسقط الإعسار ما قبله.

وَالْقَادِرِ بِالْكَسْبِ كَالْقَادِرِ بِالْمَالِ إِنْ تَكَسَّبَ وَلا يُجْبَرُ عَلَى التَّكَسُّبِ

يعني: والقادر بالكسب يجب عليه النفقة كالقادر بالمال بشرط أن يتكسب. ويؤخذ من قوله: (**كَالْقَادِرِ**) أنه لم ينفق في زمن تكسبه أن النفقة تستقر في ذمته ولا يسقط الإعسار، وإذا لم يجبر الغرماء المديان على التكسب فأحرى الزوجة، لأن الضرر اللاحق لرب الدين أقوى من ضرر الزوجة فإنها قادرة على رفع ضررها بالطلاق بخلافهم، ولا يجبر على التكسب لئلا يصير كالعبد. وذهب بعض الشيوخ إلى جبر الصانع على العمل ليوفي الدين لأنه على ذلك عومل، ولا يبعد مثله في النكاح.

وَيَثْبُتُ لَهَا حَقُّ الْفَسْخِ بِالْعَجْزِ عَنِ النَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ لا الْمَاضِيَةِ؛ حُرَّيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ مُخْتَلِفَيْنِ ....

يعني: أن للمرأة إذا عجز زوجها عن النفقة عليها في الوقت الحاضر أن تفسخ وأن تبقى معه بغير نفقة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الزوجان حرين أو عبدين أو أحدهما حر والآخر عبد. وكان لها أن تفارق لقوة ضررها، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع فأشبه المعاوضة، ولا يجبر صاحب السلعة على دفع السلعة بغير ثمنها.

ابن المسيب في المدونة: والتفريق لأجل الإعسار بالنفقة سنة.

وقوله: (**لا الْمَاضِيَةِ**) **يعني**: فلا يثبت لها حق الفسخ بالنفقة الماضية وهي كسائر الديون.

مَا لَمْ تَكُنْ عَلِمَتْ فَقْرَهُ ورَضِيَتْ بِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ، أَوْ عَلِمَتْ أَنَّهُ مِنَ السُّؤَّالِ

يعني: إنما يكون لها الفراق إذا لم تكن عرفت حال العقد أنه من الفقراء أو من السؤال، وأما إن علمت ذلك فلا، وهذا قول مالك في المبسوط. وقال في الموازية: تطلق عليه وإن كان حال العقد فقيراً وعلمت بذلك. واقتصر المصنف على الأول؛ لأنها بمنزلة من علمت بعيب زوجها ورضيت به. ونص القابسي على أنه إن كان ممن يطوف للسؤال ثم ترك ذلك أن لها القيام، ونحوه للخمي قال: وكذلك أيضاً إن كان لا يسأل وكان مقصوداً مشهوراً بالعطاء ثم تعذر ذلك فلها أن تقدم بالطلاق. ونص ابن مغيث على أنه تقييد، وهو ظاهر.

فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بالإِنْفَاقِ أَوِ الطَّلاقِ، فَإِنْ أَبَى طَلَّقَ عَلَيْهِ بَعْدَ التَّلَوُّمِ

إنما يأمره بالإنفاق إذا لم يثبت عنده فقره، وأما إن ثبت فلا؛ إذ لا يأمره بما ثبت عنده العجز عنه، وإن أبى من الطلاق والإنفاق طلق الحاكم عليه. واختلف هل الحاكم الذي يطلق عليه كما هو ظاهر كلامه؟ **ابن عبد السلام**: وهو الصحيح. أو يبيح للمرأة الإيقاع على قولين؟

ولا يمين على الرجل إن صدقته المرأة على عسره، إذ لا يحتاج إلى إقامة بينة، وأما إن لم تصدقه فلا بد من البينة على الإعسار واليمين، ثم يتلوم له القاضي على المشهور المعمول به. وقيل: تطلق عليه من غير تلوم، وعلى المشهور فاختلف في مقدار التلوم، وإلى ذلك أشار بقوله:

وَرُوِيَ شَهْرٌ، ورُوِيَ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ، والصَّحِيحُ: يَخْتَلِفُ بِالرَّجَاءِ

اختلف في مقدار التلوم، فلمالك في المبسوط أنه اليوم ونحوه مما لا يضر بها الجوع، ولمالك في الواضحة الثلاثة الأيام ونحوها، وفي الموازية: ما علمت أنه يضرب له الأجل إلا الأيام ولا أعلم له أجلاً.

وقال محمد: الذي عليه أصحاب مالك في التلوم الشهر. وقال ابن الماجشون في الواضحة: الشهر والشهرين. وقال أصبغ: إن لم يطمع له بمال فالشهر إذا لم تجد هي ما تنفق، ولا يبلغ بها الشهرين إلا إذا كان لها ما تنفق. وقيل: إنه لا يتلوم له بشيء إذا لم يكن لها ما تنفق على نفسها.

وما صححه المصنف صححه ابن عبد البر، وهو مذهب المدونة، قال فيها: ويختلف التلوم فيمن يرجى له ومن لا يرجى له وتطلق عليه لعدم القدرة على الكسوة.

اللخمي: وكذلك لو عجز عن الغطاء والوطاء. أشهب: ويستأنى في الكسوة الشهرين ونحوهما.

فرع:

إذا مرض وسجن في خلال الأجل فمنعه ذلك عن النظر فيما يأتيها به، فقال ابن الماجشون في المبسوط: يزاد في الأجل بقدر ما يرى ويرتجى شيئاً وإلا طلق عليه. قال: وإن غاب مختاراً طلقت عليه.

فَإِنْ وَجَدَ فِي الْعِدَّةِ يَسَاراً يَقُومُ بِوَاجِبِ مِثْلِهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ

قد تقدم في غير موضع أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاقين: طلاق المؤلي والمعسر بالنفقة، لكن شرط الرجعة في الإيلاء أن تنحل يمينه كما سبق في محله وفي الإعسار اليسار، أما لو رضيت الزوجة بالرجعة مع عدم يسره كانت رجعة، قاله في

الواضحة وغيرها. وقال سحنون في السليمانية: لا تصح الرجعة. واحترز بواجب مثلها من أن يجد يساراً يكفي دونها فإن ذلك غير معتبر لعدم حصول مقصدها.

ولم يتعرض المصنف لقدر الزمان الذي إذا أيسر به كانت له الرجعة، واختلف في ذلك، فلابن القاسم وابن الماجشون: إن أيسر بنفقة الشهر وإلا فليس له الرجعة. وفي كتب ابن مزين: قوت نصف شهر فأكثر. وعن ابن الماجشون إذا وجد ما لو قدر عليه أولاً لم تطلق عليه، وينبغي أن [٤٢٣/ ب] تتأول هذه الأقوال على ما إذا ظن أنه يقدر بعد ذلك على إدامة النفقة.

قال في البيان: وإذا قدر أن يجريها مياومة، فإن كان ممن يجريها قبل الطلاق مياومة فله الرجعة. واختلف إذا كان يجريها مشاهرة، فقيل: له الرجعة. وقيل: لا. ولأجل أن الطلاق هنا رجعي كان لها النفقة إذا أيسر سواء ارتجع أم لا على مذهب المدونة خلاف ما تأوله بعضهم على الواضحة، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه لا نفقة على المولى في العدة حتى يرتجع، ونقله ابن شعبان عن مالك.

تنبيه:

فهم من قوله: أن له الرجعة إن أيسر في العدة؛ أن هذا خاص بالمدخول بها، إذ لا عدة على غير المدخول بها وهو المعروف. وفي الكافي روي عن مالك: إن أيسر في العدة كان له الرجعة في المدخول بها وغيرها. ولا أدري ما هذا لأنه لا رجعة في غير المدخول بها.

خليل: ولعل هذه الرواية محمولة على ما إذا خلا بها وتصادقا على نفي الوطء وإلا فلا يصح قوله في العدة، إذ لا عدة على غير المدخول بها بنص القرآن.

وَيُعْتَبَرُ الْعَجْزُ عَنِ الْقُوتِ وعَنْ مَا يُوَارِي الْعَوْرَةَ، قَالَ مَالِكٌ: ولَوْ مِنَ الْخُبْزِ، والزَّيْتِ، وغَلِيظِ الْكَتَّانِ، غَنِيَّةً كَانَتْ أَوْ فَقِيرَةً ....

يعني: أن المعتبر في العجز الموجب للفراق هو العجز عن النفقة والكسوة جملة، أما لو ضاقت حاله بعد التوسعة حتى لم يجد غير القوت لها دون خادمها من قمح أو شعير،

ولو كان مأدوماً بزيت أو لم يجد الإدام، وإنما وجد الخبز فقط فإنه لا يفرق بينهما، وكذلك أيضاً لا يفرق بينهما إذا وجد من الكسوة ما يسترها ولو من غليظ الكتان وإن كانت ذات شرف وغنى، قاله مالك في الموازية والواضحة. وفي البيان عن أشهب: إذا عجز عما يشبهها فرق بينهما. وكذلك اختلف إذا لم يقدر إلا على الشعير وأهل بلده يأكلونه.

فَإِنْ وَجَدَ مَا يُمْسِكُ الْحَيَاةَ أَوِ الصِّحَّةَ خَاصَّةً فَلا عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: فإن قصر عما ذكرنا من القوت لكن قدر على ما يحفظ حياتها خاصة فالمشهور لا يلزمها المقام معه، لأن إلزامها المكث حينئذ ضرر كثير ولا سيما إذا كان لا يرجى تغير حاله إلا بعد طول. وفي المدونة عن يحيى بن سعيد: إذا وجد الفقير قواماً من الخبز والزيت وغليظ الثياب لم يفرق بينهما.

ربيعة: أما الشملة والعبادة فلا. والشاذ حكاه اللخمي عن مالك أنه لا يفرق بينهما حتى لا يجد أقل ما تعيش به، واستشكله لأن في ذلك حرجاً، إذ تصبح وتمسي جائعة.

وَحُكْمُ الْغَائِبِ ولا مَالَ لَهُ حَاضِرٌ حُكْمُ الْعَاجِزِ

أي: فتطلق عليه، وهذا هو المشهور. وقال ابن القابسي: لا يفرق على غائب لأنه لم يستوفِ حجته. وعلى الأول فلا بد من أن تثبت الزوجية وأنه قد دخل بها أو دعي إلى الدخول، والغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه، وأما إن علم وأمكن الإعذار إليه فإنه يعذر إليه ولا بد أن تشهد لها بينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً يعدا فيه بشيء من مؤنتها، ولا أنه بعث بشيء وصل إليها في علمهم إلى هذا الحين ثم بعد ذلك يضرب لها أجلاً على حسب ما يراه كما تقدم، ثم يحلفها على ما شهدت لها البينة به، وحينئذ إن دعت إلى الطلاق طلقها هو أو أباح لها التطليق كما تقدم.

فرع: ولو كانت هذه المرأة أم ولد فغاب عنها سيدها وأثبتت مغيبه فإن الحاكم يتلوم لسيدها الشهر ونحوه ثم ينفذ عتقها على الغائب. هكذا قال ابن عتاب والقرشي والتميمي، وروى ذلك علي بن زياد. وقال ابن الشقاني وابن العطار: لا تعتق وتسعى في معيشتها. وبه قال ابن القطان، قال: وتبقى حتى يصح موت سيدها أو ينقضي تعميره.

ابن سهل: والأول هو الصواب. واحتج الأولون بقول أشهب إذا عجز الرجل عن نفقات أمهات أولاده أنهن بمنزلة أزواجه إذا لم يقم بأمرهن، فيضرب له أجل الشهر ونحوه، فإن وجد لهن أدنى ما يكفي وإلا أعتقهن.

ابن سهل: قلت لابن عتاب: هل عليها عدة إذا حكم بعتقها؟ قال: تعتد بحيضة. قلت: فهل عليها يمين أن سيدها لم يخلف عندها شيئاً ولا أرسل إليها شيئاً كما يلزم زوجة الغائب؟ قال لي: لا يمين عليها، وبذلك أفتيت لطول أمد المغيب.

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ مَوْجُودٌ بِيعَ وفُرِضَ مِنْهُ بَعْدَ يَمِينِهَا أَنَّهَا تَسْتَحِقُّهَا

يعني: فإن كان للغائب مال بيع وفرض للزوجة النفقة من ثمنه إن لم يصلح أن يفرض منه كالدار وشبهها بعد يمينها أنها تستحق النفقة. واستغنى بقوله (**أَنَّهَا تَسْتَحِقُّهَا**) عما قاله المتيطي وغيره أنها تحلف ما ترك لها نفقة ولا بعث بها إليها ولا أسقطتها عنه. قال في المدونة: ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال يعرى فيه وتباع فيها عروضه ورباعه إن لم يكن له عين، ولا يؤخذ منها بما تأخذه كفيلاً، ويقوم الزوج على حجته إذا قدم، وهكذا يصنع فيه لو أقيم عليه بدين وهو غائب. وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك ولها [٤٢٤/ أ] أن تقيم البينة على من جحده من غرمائه أن لزوجها عليه ديناً ويقضى عليهم بنفقتها. وقد علمت أن مذهب المدونة أنه تفرض نفقة الزوجة ويوفى الغريم من ودائعه.

المتيطي: وهو المشهور المعمول به. ونحوه لسحنون في أسئلة ابن حبيب، وحكى عنه ابن اللباد أنه لا يقضى منها دين ولا غيره.

أبو عمران: وهو القياس؛ إذ لو حضر الغائب وأنكرها لم يكن للغرماء إليها سبيل؛ إذ لا يجبر على قبول الصفة لقضاء دينه، ولأنه قد يقول: ليست لي ولا للمقر وهي لغيرنا.

واعلم أن الحاكم لا يبيع الدار حتى يكلِّف المرأة إثبات ملكية الزوج لها وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم.

ابن القاسم: ولا يجوز أن يقولوا في شهادتهم لم يبتها، وعليه العمل وجرى به الحكم. وأجاز ابن الماجشون أن يشهدوا على البت.

واختلف هل لا يبيع الحاكم الدار بعد الشهادة المذكورة إلا بعد أن يوجه شاهدين مع هذه البينة ليشهدوا بالحيازة، فكان بعض الموثقين لا يشترطون ذلك.

ابن أبي زمنين: واشترطه بعضهم. وهو الذي رأيت وأدركت عليه فقهاءنا، وصفة ذلك أن يوجه القاضي مع البينة شاهدين فتطوف البينة بالدار داخلاً وخارجاً، وتقول: إن هذه الدار التي حزناها هي الدار التي شهدنا بملكها للغائب.

ابن العطار: ولا تعمل الحيازة شيئاً حتى يقول الشهود بحضرة الحائزين عليهم: هذا الذي حزناه هو الذي شهدنا به عند فلان قاضي موضع كذا. فإن لم يقولوا ذلك جهلاً منهم أو من الموجهين معهم لم تتم الشهادة والحيازة، وكذلك لا تتم الحيازة حتى يكون الموجهون ممن يعرف العقار ويحدوه بحدوده.

فرع: وإذا أحبت المرأة أن تفرض لها النفقة إذا لم يكن له مال حاضر فقال ابن القاسم: لا يفرض عليه شيء حتى يقدم إذا علم عدمه أو جهل أمره. وفي البيان عن ابن حبيب: إذا أحبت الصبر عليه أشهد السلطان عليه إن كان فلان زوج فلانة اليوم ملياً في

غيبته فقد أوجبت عليه فريضة مثلها من مثله، أما إن علم أنه موسر فإنه يفرض لها نفقة مثلها. قال في الموازية: وتداين عليه ويقضى لها عليه به.

وَلَهَا طَلَبُ غُرَمَائِهِ وإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِمْ كَمَنْ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ

قد قدمنا هذا من المدونة، وإن لم يقم للزوج غير شاهد واحد حلفت معه.

وَلَوْ تَنَازَعَا فِي الإِعْسَارِ فِي الْغَيْبَةِ، فَثَالِثُهَا: قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنْ قَدِمَ مُعْسِراً فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وإِلا فَقَوْلُهَا ....

يعني: إذا قدم الزوج فطالبته بالنفقة في مدة الغيبة فزعم أنه كان معسراً لا تستحق عليه في مدة الغيبة شيئاً وأنكرت ذلك المرأة فثلاثة أقوال: والقول بأن القول قوله لابن كنانة وسحنون ووجهه أن الأصل العدم. والقول بأن القول قولها لابن الماجشون وابن حبيب، قالا: عليه النفقة إلا أن يقيم البينة على ذلك. ووجهه أن الغالب الملك ولأن كل غريم ادعى العدم فعليه البينة على المذهب.

قال في البيان: وتأوله بعض أهل النظر على المدونة. واستدل ابن القاسم بحال قدومه على حال غيبته؛ لأن الأصل عدم تغير الحال. قال في البيان: وهو معنى المدونة. وهذا الخلاف عند صاحب البيان وغيره إذا جهل حال الزوج عند خروجه، وكذلك روي قول ابن القاسم فيه مبيناً، وأما إن علم حال خروجه من عسر أو يسر فإنه يستصحب ذلك الحال باتفاق. وتأول ابن زرب على ابن كنانة وسحنون أنهما يقولان: إن القول قول الزوج وإن خرج موسراً. قال في البيان: وهو تأويل بعيد. وقال ابن زرقون: ليس هو بشيء. ورأيت لبعض من تكلم على التهذيب أنه إن سافر ملياً وقدم كذلك فالقول قولها بالاتفاق، وكذلك القول قوله في عكسه باتفاق، ويختلف فيما إذا سافر ملياً وقدم معسراً أو بالعكس.

وَإِنْ تَنَازَعَا فِي إِعْطَائِهَا أَوْ إِرْسَالِهَا فَثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ: إِنْ كَانَتْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مِنْ يَوْمِئِذٍ ....

يعني: إن قال الغائب تركت لك النفقة أو أرسلتها ولم تصدقه في ذلك وطلبت منه نفقتها، فروي عن مالك أن القول قوله مع يمينه ولو رفعته إلى الحاكم، هكذا نقل ابن الجلاب هذه الرواية. وروي عن مالك أن القول قولها مع يمينها، والمشهور إن رفعت أمرها إلى الحاكم فالقول قولها من يومئذ؛ لأن رفعها قرينة تقوي قولها، وإن لم ترفع فالقول قوله مع يمينه.

مالك في الموازية: وليس له أن يحلف أنه بعث بذلك إليها، إنما يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها ويبرأ.

وعلل الباجي المشهور بأنها إذا رفعت أمرها إلى الحاكم ولم تجد له مالاً وأباح لها الإنفاق على نفسها لترجع به صارت اليد لها فيما تنفقه فكان القول قولها بخلاف إذا لم ترفع فإن البيت بيته، ولهذا اختار من الروايتين اللتين رويتا عن مالك هل يتنزل رفعها إلى العدول وجيرانها منزلة الحاكم أم لا؟ الرواية بأن ذلك لا يتنزل منزلة الحاكم لأنه لم يتقدم قضاء عليه ولا حكم، واختار اللخمي أن ذلك [٤٢٤/ ب] كرفعها إلى الحاكم.

بعض الموثقين: والمشهور ما اختاره الباجي وبه الفتوى والعمل. ولابن القاسم في العتبية: إذا اختلفا عند قدومه في الإنفاق على أولاده الصغار أنه يفرق في ذلك بين أن ترفع أم لا كما تقدم.

فَأَمَّا الْحَاضِرُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِلْعُرْفِ

حكى في البيان الاتفاق على ذلك، لأن العرف يشهد بصحة قوله ولا بد له من اليمين، صرح بذلك في الكافي وفي الطرر. وقال ابن رشد: إنما يصدق الرجل أنه دفع

النفقة إذا ادعى بعد مضي المدة أنه كان ينفق عليها أو كان يدفع النفقة إليها شيئاً بعد شيء أو جملة واحدة، وأما لو ادعى أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا يصدق إجماعاً، وحكى ابن زرب خلافه وخطأه.

وَلَهَا طَلَبُهُ عِنْدَ سَفَرِهِ بِنَفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلِ فَيَدْفَعُهَا أَوْ يُقِيمُ لَهَا كَفِيلاً يُجْرِيهَا عَلَيْهَا

هذا مذهب المدونة. وقال ابن الماجشون: لا يقيم لها حميلاً وهي في العصمة، وإذا سافر فمن الشيوخ من حمله على ظاهره وعده خلافاً ومنهم من تأوله على المعدم فلا يكون خلافاً، فإذا اتهم أنه يقيم أكثر من السفر المعتاد حلف أنه لا يقيم أكثر من ذلك أو يقيم حميلاً. **اللخمي**: وأما إذا كانت المرأة مطلقة طلاقاً بائناً وهي حامل كان مطالباً بالأقل من مدة سفره والباقي من أمد الحمل، وإن كانت غير حامل والطلاق بائن فلا نفقة لها.

واختلف إذا طلبت حميلاً خوف الحمل: فلم ير مالك ذلك لها، وقال أصبغ في الموازية: ذلك لها.

والأول أحسن إذا كان قيامها بعد حيضة، لأن الظاهر البراءة، والثاني إن لم تكن حاضت فيقيم حميلاً بالأقل من مدة السفر أو الحمل على تقدير ظهوره، وإن كان الطلاق رجعياً كان عليه على قول مالك أن يقيم رزق الأقل من مدة السفر أو انقضاء العدة التي هي ثلاث حيض، وعلى قول أصبغ تراعى مدة الحمل كالمطلقة طلاقاً بائناً فيقيم حميلاً بالزائد على مدة الحيض.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِيمَا فَرَضَهُ الْحَاكِمُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يُشْبِهُ، وَإِلا فَقَوْلُهَا فِيمَا يُشْبِهُ، وَإِلا ابْتَدَأَ الْفَرْضَ ....

هكذا في المدونة لكنه فرضها فيها إذا مات القاضي أو عزل، لكن الأظهر أنه لا فرق بينه وبين قاضي وقتهما، ولعل ذلك هو السبب في إسقاط المؤلف ما ذكره في المدونة، وإنما

كان القول قول الزوج لغرمه. قيل: ومذهب ابن القاسم أنه لا يمين على من أشبه قوله منهما إذ لا يحلف على حكم حاكم مع شاهد. وحمل غيره المدونة على أنه يحلف.

عياض: وهو الظاهر. وهو حجة لجواز الحلف مع الشاهد في قضاء القاضي، وقد نبه على ذلك ابن سهل خلاف ما قاله بعض أصحاب سحنون وما لابن القاسم في العتبية.

عياض: وعندي أن مسألة الكتاب خارجة عن هذا الأصل المتنازع فيه، إذ قضاء القاضي فيها ثابت باجتماعهما عليه ثم وقع الخلاف في مقدار ما فرض فكانت دعوى في مال في ذمة الزوج، فالقول قول من أشبه منهما مع يمينه وليس على القضاء كما قيل.

وذكر عن سحنون: إنما هي في ما مضى من الفرض، وأما ما يستقبل إذا تنازعا فيه فالسلطان يستأنف النظر في ذلك. وقد اختار رواية المدونة هنا، والذي في روايتنا إذا لم يشبه ما قالا أعطيت نفقة مثلها فيما يستقبل يفرض لها القاضي نفقة مثلها وعليه اختصر المختصرون. وروي في بعض النسخ: (وفيما يستقبل) بزيادة واو وكانت في كتابي فغربت عليها اتباعاً لرواية شيوخي، وإثباتها أصح معنى ولفظاً ويصحح ما قاله سحنون، وعلى إسقاطها يأتي الكلام الأخير مكرراً ويشكل، هل أراد به الماضي أو الآتي؟

وَتَجِبُ عَلَى الأَبِ الْحُرِّ نَفَقَةُ وَلَدِهِ الْمَحْضُونِ الْفَقِيرِ عَلَى قَدْرِ حَالِهِ

لما ذكر نفقة الزوجة أتبعه بنفقة الأولاد، واحترز بالحر من أن يكون الأب عبداً أو فيه شائبة من شوائب الحرية فلا نفقة لولده عليه، وكذلك أيضاً لا نفقة للولد الرقيق على أبيه كما تقدم. ولعل المصنف استغنى بما قدمه وبولده عن ولد ولده أو غيره فلا تجب نفقته، واعلم أن الاصطلاح إنما يطلق المحضون والمكفول على الولد إذا لم تكن له زوجة بأن يكون الأب ميتاً أو مطلقاً، وأما إن كان عند أبيه وأمه وهما زوجان فلا يطلق عليه ذلك، وعلى هذا فتخصيص المحضون ليس بظاهر؛ لأن من بين أبويه كالمحضون بالاتفاق.

وشرط المصنف في وجوب نفقة الولد أن يكون فقيراً، يعني وأما إن كان له مال قال في المدونة: أو يكون له كسب يستغني به فلا تجب نفقته، وكذلك أيضاً إذا كان للبنت كسب تستغني به فلا تجب نفقتها، فإن كانت الصنعة لا تكفي أعطيا تمام الكفاية.

اللخمي: وإذا كسدت الصنعة عادت النفقة على الأب، واشترط هنا الفقر ولم يشترط في الزوجة لأن نفقة الولد مواساة بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة.

وقوله: (**عَلَى قَدْرِ حَالِهِ**) أي حال الولد لأن المراد سد خلته.

وَحَضَانَةُ الذَّكَرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ عَاقِلاً غَيْرَ زَمِنٍ بِمَا يَمْنَعُ التَّكَسُّبَ وقِيلَ: حَتَّى يَحْتَلِمَ

مقتضى كلامه أن المشهور هو الأول وليس كذلك بل هو الثاني وهو مذهب المدونة، والقول [٤٢٥/ أ] الذي صدر به لابن شعبان. وروى ابن وهب عن مالك: إذا أثغر الغلام خرج عن حضانة الأم. ولمالك في كتب المدنيين: يخير الصبي إذا أثغر بين أن يكون عند أبيه أو أمه. واستحسن ابن العطار وابن رشد وغيرهما من الشيوخ إسهام الأبوين على الذكر إذا أثغر على ما ورد في بعض الأحاديث، وكان المصنف التبس عليه باب الحضانة بباب النفقة وظن تساويهما، لأن المشهور أن النفقة لا تنقطع بالبلوغ بل البلوغ بشرط أن يكون عاقلاً غير زمن.

والْبِنْتِ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا الزَّوْجُ، ولَوْ أَسْلَمَ وبَقِيَتْ كَافِرَةً

أي: وحضانة الأنثى حتى يدخل بها زوجها ولا تنقطع حضانتها بالبلوغ كالذكر، ولم أر في ذلك خلافاً، ولو أسلم الأب بعد بلوغ ابنته البكر، وأدخل هذه الصورة في حكم ما قبلها لأنه قد يتوهم خروجها لاختلاف الدينين. وكذلك نص اللخمي على الوجوب في عكس هذه الصورة، أعني إذا أسلمت بعد بلوغها وبقي هو كافر لم تسقط نفقتها عنه لأنه حكم بين مسلم وكافر.

وَلَوْ عَادَتْ بَالِغَةً أَوْ عَادَتِ الزَّمَانَةُ لِلذَّكَرِ لَمْ تَعُدْ

يعني: فلو زوج الأب ابنته الصغيرة ثم طلقها زوجها أو مات عنها وعادت إلى أبيها بعد البناء بالغة لم تعد نفقتها على الأب. **مالك**: فإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها. ومفهوم كلام المصنف أنها لو عادت غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق، وهو قول سحنون، قال: تعود نفقتها ولا يسقطها بلوغها حتى تتزوج زوجاً آخر. وقال غيره: لا تعود أصلاً، وقيل: تعود إلى أن تبلغ فتسقط. وهو الذي قدمه المتيطي، قال: ولا تسقط النفقة لترشيده لابنته.

قوله: (**أَوْ عَادَتِ الزَّمَانَةُ**) يعني إن بلغ الابن زمناً وقلنا باستمرار نفقته على المشهور ثم صح وحكمنا بسقوط نفقته ثم زمن فإن النفقة لا تعود إلى الأب.

واعلم أن الخلاف في هذا الفرع موجود سواء بلغ زِمناً أو صحيحاً، وفيه ثلاثة أقوال: قال ابن القاسم: إن بلغ زِمناً أو أعمى لم تسقط وإن طرأ ذلك عليه بعد البلوغ لم تعد. وقال ابن وهب في الموازية: لا نفقة له بلغ على ذلك أو طرأ عليه. وذكر ابن الجلاب عن ابن الماجشون أن نفقته لازمة لأبيه بلغ على ذلك أو أحدث به.

اللخمي: وهو أحسن. ولما لم يذكر المصنف في هذه المسألة خلافاً كان انتصاره في فرض المسألة على ما إذا عادت الزمانة حسناً؛ لأنه تنبيه منه بالأخف عن الأشد؛ لأن النفقة إذا لم تعد لأجل الصحة الواقعة بين الزمانتين فلأن لا تعود إذا بلغ صحيحاً ثم زمن أولى، إذ لقائل أن يقول: لا عبرة بالصحة الواقعة بين الزمانتين.

فرع:

نص محمد على ما إذا دخل بها وهي زمنة ثم طلقت أنه تعود نفقتها، وكذلك قال الباجي إن كان للولد الزمن مال ثم ذهب أنه تعود نفقته.

ثُمَّ لَهُمَا أَنْ يَذْهَبَا حَيْثُ شَاءَا، إِلا أَنْ يُخَافَ سَفَهٌ فَيَمْنَعُهُمَا الأَبُ أَوِ الْوَلِيُّ

يعني: ثم للابن والبنت أن يذهبا بعد بلوغهما حيث شاءا، وهكذا قال مالك في المدونة، وحمله ابن رشد على ظاهره من ذهابهما بأنفسهما ومالهما، واحتج لذلك بأنه وقع لمالك هكذا في رواية زياد، وتأوله الشيخ أبو محمد وأكثرهم على أنه يريد بأنفسهما لا بمالهما، قالوا: لأن المعروف لمالك في غير موضع أنه لا يحكم للولد بالرشد بنفس البلوغ لا سيما الأنثى ولو كانت مدخولاً بها حتى يعرف من حالهما ما يستوجبان به الرشد، فحمل المدونة على ما يعرف لمالك في المدونة وغيرها أولى من حمله على رواية شاذة لا يعرفها كل الناس. ثم إن خيف عليهما السفه في المال فلا شك أن للأب والولي منعهما، وإن كان في الدين فلهما منعهما وللأم ولسائر المسلمين إلا أن الأب والولي أخص بالمنع من غيرهما.

وَنَفَقَةُ وَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ عَلَيْهَا إِنْ كَانُوا فِي كِتَابَتِهَا إِلا أَنْ يَكُونَ الأَبُ فِي كِتَابَتِهِمْ فَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ....

يعني: أن من كاتب أمة فحدث لها أولاد بعد كتابتها أو كان لها أولاد موجودون وكاتبت على نفسها وعليهم كتابة واحدة فإن نفقة الولد على الأم لأنها أحرزت نفسها ومالها وولدها ومالها من سيدها، وليس عندنا أنثى تجب عليها النفقة إلا هذه، وفي التحقيق أن النفقة من السيد؛ لأنه اشترط ذلك عليها أو كأنها من جملة الكتابة.

وقوله: (**إِلا أَنْ يَكُونَ الأَبُ فِي كِتَابَتِهِمْ فَنَفَقَتُهُمْ**) أي الأولاد والأم (**عَلَيْهِ**).

وَلَيْسَ عَجْزُهُ عَنْهَا كَعَجْزِهِ عَنِ الْكِتَابَةِ وَالْجِنَايَةِ

يعني: ليس عجز المكاتب عن نفقة ولده كعجزه عن الجناية والكتابة؛ لأن الجناية والكتابة متعلقان برقبته بخلاف النفقة فإنها مواساة بشرط اليسار.

وَيَجِبُ عَلَى الأُمِّ الإِرْضَاعُ إِنْ كَانَتْ تَحْتَ أَبِيهِ أَوْ رَجْعِيَّةً ولا مَانِعَ مِنْ عُلُوِّ قَدْرٍ بِغَيْرِ أَجْرٍ ....

إنما وجب على الأم الرضاع إذا كانت في العصمة أو رجعية بغير أجر؛ لأن عرف المسلمين على توالي الأعصار في جميع الأمصار على أن الأم ترضع الولد. وألحقت الرجعية بمن في العصمة؛ لأن أحكام الزوجية منسحبة.

وقوله: (**ولا مَانِعَ**) يعني: وأما إن كانت ممن [٤٢٥/ ب] لا ترضع لشرفها فلا رضاع عليها؛ لأن العرف ألا تكلف هذه الشريفة الإرضاع، والعرف كالشرط.

قال في الجواهر: ويجب على الأم أن ترضع ولدها إذا كانت تحت أبيه إلا أن يكون مثلُها لا يُرضع لسقم أو قلة لبن أو لشرف وعلو قدر. ولذات الشرف أن تأخذ الأجرة من الأب إذا رضيت أن ترضعه، نص على ذلك اللخمي وابن بشير وابن عبد السلام.

خليل: وأفتى بعض مشايخ شيخي بأن الشريفة إذا تواضعت للإرضاع لا أجر لها لإسقاطها حقها، ولا كبير مؤنة عليها في لبنها.

وكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الأَبُ عَدِيماً ولَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا

إنما يظهر هذا في الشريفة وفي معناها المطلقة طلاقاً بائناً، وأما في حق من في العصمة والرجعية فلا؛ لأنه إذا كان الإرضاع عليهما وإن كان الأب ذا مال فكيف إذا كان عديماً؟ ولو قال المصنف إلا أن يكون الأب عديماً كما قال في الجواهر لكان أبين. وهكذا قال اللخمي وغيره أن الأب إذا كان عديماً كان على الشريفة الإرضاع، وهو مقيد بما إذا لم يكن للولد أيضاً مال، وأما إن كان له مال فلها الأجرة في ماله. قاله صاحب البيان وغيره.

وقوله: (**ولَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا**) والأحسن أن يقول أولم يقبل؛ لأنه إذا لم يقبل غيرها يجب عليها الإرضاع كان الأب عديماً أم لا، والواقع فيما رأيته في نسخ كثيرة ولم يقبل بالواو، ولعل ذلك ليكون مقابلاً لقوله:

فَإِنْ قَبِلَ فَالْمَشْهُورُ وُجُوبُهُ بِخِلافِ النَّفَقَةِ. وَفِي الْجَلابِ: لا يَجِبُ

ظاهر كلامه أن هذا من تمام ما قبله، وإنما ذكره في المدونة والجلاب في الموت، ونص المدونة: وإن مات الأب وللصبي مال فلها ألا ترضعه وتستأجر له من يرضعه من ماله إلا ألا يقبل غيرها فتجبر على أن ترضعه بأجرها من ماله، فإن لم يكن للصبي مال لزمها إرضاعه بخلاف النفقة التي لا يقضى بها عليها، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال.

وعلى هذا ففي كلام المصنف نظر؛ لأنه لا يؤخذ منه حكم الموت أصلاً، اللهم إلا أن يقال أن المصنف لم يتكلم على مسألة الموت وإنما كلامه مفرع على ما قبله، ومعناه أن المرأة إذا كانت شريفة أو بائناً وكان الأب عديماً وقبل الابن غيرها فالمشهور وجوب الإرضاع عليها.

فإن قيل هو لم ينص في المدونة على هذه الصورة. قيل: لا فرق بين أن يموت الأب ولا مال للصغير وبين أن يكون الأب عديماً في المعنى. ولهذا حكى ابن بشير المشهور وقول ابن الجلاب في الأب العديم، وعلى كل تقدير فكلامه ليس بظاهر؛ لأنه إن أراد مسألة الموت وهي التي في المدونة والجلاب فكلامه لا ينبئ عن ذلك، وإن أراد التفريع على مسألة الشريفة والبائن فليس بظاهر لأن التخريج وإن كان صحيحاً فكلامه لا ينبئ عن التخريج، والظاهر أنه أراد هذا الثاني؛ لأن كلامه لا ينبئ على الموت ولا سيما على ما وقع في بعض النسخ: (فإن قبل غيرهما) بضمير التثنية فيتعين الثاني؛ لأن الضمير ليس له شيء يعود إليه إلا الشريفة والبائن. وفي بعضها: (غيرها) فيعود على الأم. وبما في الجلاب قال عبد الوهاب. **ابن الجلاب**: ويكون إرضاعه في بيت مال المسلمين.

وقوله: (**بِخِلافِ النَّفَقَةِ**) أي فلا تجب على الأم بالاتفاق. وحمل بعضهم ما في المدونة وهو المشهور والذي حكاه المصنف على أن ذلك إذا تعذر الاستئجار من بيت المال، والفرق للمشهور بين النفقة والإرضاع أن اللبن مستخف.

ابن عبد السلام: ورأيت في بعض كلام ابن العربي عن ابن المواز أنه يقول: نفقة الولد على الأبوين على قدر الميراث، فقال هو: لعله أراد أنها على الأم عند عدم الأب.

ابن عبد السلام: فإن صح نسبة هذا القول لابن المواز فتأويل ابن العربي بعيد؛ لأنه إذا كان الأب عديماً أو معدوماً فكيف يمكن أن يؤدي من النفقة شيئاً فضلاً عن الثلثين اللذين هما نصيبه من الميراث.

تنبيه:

قد تبين لك من كلامه في المدونة أن للأم إذا لم يقبل الولد غيرها أن تأخذ على ذلك الأجرة، وإن كان للأم ذلك فالأجنبية أولى. قال شيخنا رحمه الله وأبو الحسن: ويجري فيهما قول آخر أنهما لا يكون لهما شيءٌ قياساً على أحد القولين في المواساة الواجبة بفضل طعام أو شراب، وذلك بأنه إذا لم يقبل الولد غيرهما تعين عليهما الإرضاع، والله أعلم.

(وَعَلَى وُجُوبِهِ فِي إِيجَابِ الاسْتِئْجَارِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا لَبَنٌ قَوْلانِ)

يعني: وإذا فرعنا على المشهور من وجوب الإرضاع عليها فلو لم يكن لها لبن فهل يجب عليها أن تستأجر من يرضعه؛ لأنها لما كان عليها الإرضاع فعليها خلفه أو لا لأن هذا من النفقة ولا تجب عليها؟ قولان؛ والقول بالوجوب لمالك في الموازية وهو قول القاضي إسماعيل أبو عمران وهو قولهم كلهم، والقول بعدم الوجوب لعبد الوهاب وهو اختيار التونسي واللخمي.

(وَمَا عَدَا ذَلِكَ فَعَلَى الأَبِ)

الإشارة بذلك عائدة على وجوب الإرضاع حيث قلنا أنه على الأم فعلى الأب، أي إذا طلقت طلاقاً بائناً أو كانت شريفة وقبل الولد غير الأم وكان الأب ملياً.

فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ غَيْرَهَا تَعَيَّنَتْ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ

أي: فإن لم يقبل الطفل غير أمه تعينت بأجرة المثل، وظاهر كلامه سواء كانت بائناً أو شريفة [٤٢٦/ أ] ولا إشكال في ذلك في حق البائن.

ابن عبد السلام: لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦].

وأما الشريفة فكلام المصنف موافق لما تقدم. وقد تقدم عن بعضهم أنه خالف في ذلك على أن الظاهر أنه لم يتعرض المصنف هنا للشريفة، لأن الفروع التي ذكرها بعد هذا إنما ذكروها في البائن.

فَإِنْ قَبِلَ غَيْرَهَا خُيِّرَتْ فِيهِ بِأُجْرَةِ الْمِثْلِ

يعني: فإن قبل الولد غير أمه المطلقة خيرت هي في أن ترضعه بأجرة المثل أو تتركه لمن يرضعه بذلك.

إِلا أَنْ يَجِدَ الأَبُ مَنْ يُرْضِعُهُ عِنْدَهُ بِدُونِهَا فَتُخَيَّرُ بِذَلِكَ اتِّفَاقاً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا فَقَوْلانِ ....

يعني: فإن وجد الأب من يرضعه بأقل من أجرة المثل فإن كانت الظئر ترضعه عند أمه فاتفق على أنه لا مقال لها في طلب أجرة المثل، بل إما أن ترضعه بالقدر الذي وجده الأب أو تسلمه للظئر، وإن كانت الظئر لا ترضعه عند أمه فهل يكون كما لو كانت ترضعه عندها أو لا ويكون القول قولها في طلب أجرة المثل؟ قولان.

واعلم أن هذين القولين وقعا لمالك في الموازية مطلقين، ثم اختلف الشيوخ فحكى ابن بشير عن بعضهم أنه فهم أن محلهما إذا كانت الظئر لا ترضعه عند الأم كما قال المصنف، ومنهم من جمع بين القولين فحمل الرواية بخيار الأب على ما إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم، والرواية الأخرى على ما إذا أبت الظئر أن ترضعه عند الأم. ومنهم من جعل القولين مطلقين سواء كانت ترضعه عند الأم أم لا.

وحمل ابن يونس وغيره المدونة على أن القول قول الأم في أجرة المثل وإن وجد الأب من يرضعه عندها بأقل من ذلك، ونصها على نقل ابن يونس: قلت: فإن قالت بعدما طلقها ألبتة لا أرضعه إلا بمائة درهم كل شهر. وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين، قال: قال مالك: هي أحق به بما ترضعه به غيرها وليس للأب أن يفرق بينها وبينه، فإن أبت أن ترضعه بذلك فلا حق لها إلا أن يكون الولد لا يقبل غيرها وخيف عليه الموت فإنها تجبر على رضاعه بأجرة مثلها.

ابن يونس: قوله إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين وقالت الأم لا أرضعه إلا بمائة فقال مالك: الأم أحق به بما يرضعه به غيرها. يريد بأجرة مثلها لا بخمسين. وقاله بعض القرويين، وإليه رجع ابن الكاتب وهو الصواب.

وسواء وجد من يرضعه عند الأم أم لا، وإن كان عند الأم فهي لا تباشره بالرضاع والمبيت، وذلك تفرقة بين الأم وولدها؛ فلذلك كانت الأم أحق به بأجرة مثلها وهو أبين.

عياض: ويشهد لهذا قوله بعد: (وليس للأب أن يفرق بينه وبينها إذا أرادت أن ترضعه بما ترضعه به الأجنبية.. إلى قوله في آخر المسألة: (فإنها أحق بأجرة رضاع مثلها).

وقوله أيضا آخر الكتاب: إذا وجد من يرضعه باطلاً وهو موسر لم يكن له أخذه، وعليها رضاعه بما يرضعه به غيرها ويجبر الأب على ذلك.

وحمل بعضهم المدونة على أنها إنما تكون أحق بأجرة المثل إذا لم يقبل غيرها أو لم يوجد من يرضعه عندها، وأما إن وجد من يرضعه عندها باطلاً أو بدون أجرة المثل فلا حجة لها، ونحوه في كتاب ابن سحنون لأبيه، وقد يشهد أيضاً لهذا من الكتاب قوله إذا علق بالأم لا صبر له عليها وكان لا يقبل غيرها أو خيف عليه فأمه أحق به بأجرة مثلها.

واختار اللخمي التفصيل؛ فإن كان الزائد الذي تبتغيه الأم يسيراً فالقول قولها، وإن تباين

ما بين الأجرتين أو وجد من يرضع ولده فالقول قول الأب إذا كانت الظئر ترضعه عند الأم، وإن قالت أنا أرضعه عندي لم يكن ذلك للأب لأن للأم حقاً في الحضانة وليس للأب أن يحول بينه وبينها.

وإنْ وَجَدَهُ مَجَّاناً وهُوَ مُوسِرٌ فَقَوْلانِ

يعني: فإن وجد الأب من يرضعه مجاناً فإن كان معسراً فله ذلك إلا أن ترضى هي أن ترضعه بلا شيء، فإن لم يكن معسراً فهل له ذلك لأنه حق له أو لا نظراً لحق الأم في الحضانة؟ قولين: مذهب المدونة ليس له ذلك. واقتصر في الجواهر عليه، والقول الآخر لمالك من رواية ابن وهب. قال في البيان: ومعناه عندي إذا كان الذي وجده الأب يرضعه عند أمه ولا يخرجه عن حضانتها.

* * *

وَالْحَضَانَةُ فِي النِّسَاءِ: لِلأُمِّ، ثُمَّ أُمِّهَا، ثُمَّ جَدَّةِ الأُمِّ لأُمِّهَا، ثُمَّ الْخَالَةِ، ثُمَّ الْجَدَّةِ للأَبِ، ثُمَّ جَدَّةِ الأَبِ لأَبِيهِ، ثُمَّ الأُخْتِ، ثُمَّ الْعَمَّةِ، ثُمَّ بِنْتِ الأُخْتِ ....

تصوره ظاهر، وقدم بعضهم على بعض على نحو ما ذكره المصنف؛ لقوة الشفقة في المقدم، ولهذا قال اللخمي: لو عُلِمَ مِمَّنْ قدمناه قلة الحنان، والعطف لخلق بجفاء أو قسوة أو لأمر بينها وبين أم الولد أو أبيه، وعُلِمَ من أحدٍ مِمَّنْ أخرناه الحنان والعطف، لقدم على من علم منه القسوة أو غير ذلك.

وذكر المصنف بنت الأخت، وأسقط بنت الأخ، وهي التي في التهذيب وفي اختصار ابن يونس بعد الأخت، ثم بنت الأخت ثم العمة ثم بنات الأخ، ولم يجعل لبنت الأخت ولا لبنت الخال، ولا لبنت العمة ملك في الواضحة حقاً في الحضانة.

اللخمي: ومعناه مع العصبة وإلا فهم أحق من الأجنبيين، واستبعد ابن محرز وابن رشد وغيرهما ما في الواضحة لأن بنت الأخت رحم محرم، ولهذا قيل: بل تقدم بنت الأخ عليها للاتفاق عليها. وقيل: هما [٤٢٦/ ب] سواء ينظر الإمام في أحرزهن وَأَكْفَئِهِنَّ. ونص عبد الوهاب واللخمي وصاحب المقدمات وغيرهم أن الأخت الشقيقة مقدمة على التي للأب، وكذلك الخالة والعمة، وكذلك يقدم الأخ للأم على الذي للأب، بل قيل بإسقاط الأخ للأب، وروي عن مالك وابن القاسم في كتب المدنيين أنه لا حق للأخت للأب، لأن التعاطف بين الأختين للأم، والشنآن بينهما إذا كانتا للأب لاختلاف ما بين أمهاتهم. قال في المقدمات: وإنما تستوجب الحضانة بوصفين:

الأول: أن تكون ذات رحم. **والثاني**: أن تكون محرمة عليه. فإن كانت ذات رحم منه ولم تكن محرمة عليه كبنت الخالة، وبنت العمة وما أشبهها لم يكن لها حق في الحضانة، وكذلك إن كانت محرمة عليه، ولم تكن ذات رحم منه كالمحرمة عليه والمصاهرة والرضاع.

وَفِي إِلْحَاقِ خَالَةِ الْخَالَةِ بِالْخَالَةِ قَوْلانِ

يعني: اختلف على قولين: هل لخالة الخالة حق في الحضانة أو لا؟ وهي أخت الجدة للأم، قيل: وكذلك عمة العمة، وهي أخت الجدة للأب. ومذهب ابن القاسم إلحاق خالة الخالة بالخالة، وقدمها على الجدة للأب، واستشكله اللخمي.

ابن عبد السلام: وفي عبارة المؤلف قلق؛ لأن القول بعدم إلحاق خالة الخالة لا يلزم منه سقوط حقها مطلقاً، لما علمت أن عدم إلحاقها بالخالة أعم من سقوطها بالكلية.

وَفِي الذُّكُورِ: لِلأَبِ ثُمَّ الأَخِ ثُمَّ الْجَدِّ ثُمَّ ابْنِ الأَخِ ثُمَّ ابْنِ الْعَمِّ ثُمَّ الْمَوْلَى الأَعْلَى وَالأَسْفَلِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا ....

الترتيب بين الحاضنين على ثلاثة أوجه بين النساء بانفرادهن، وبين الرجال بانفرادهم، وبينهما. ولما تكلم على الأول أتبعه بآخرين.

والترتيب الذي ذكره المصنف ذكره ابن المواز أن أحق العصبة الأخ بعد الأب، ثم الجد ثم ابن الأخ ثم العم. قال في المقدمات: فيحتمل أن يريد أن الجد وإن علا أحق من ابن الأخ والعم، ويحتمل أن يريد أن أحق الناس بالحضانة من العصبة الأخ، ثم الجد الأدنى ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابن العم وإن سفل الأقرب فالأقرب ثم أبو الجد ثم عم العم ثم ابن عم العم، وإن سفل الأقرب فالأقرب ثم جد الجد، ثم ولده ثم ولد جد الأب، ثم ولده على هذا الترتيب.

قال: فترتيب الحضانة يسن لحي على ميراث المال ولا على ميراث الولاء، والصلاة على الجنائز لأن الجد وإن علا أرفع مرتبة في الميراث من الأخ، ولأن بني الإخوة يسن لهم حق مع الجد وإن علا، وابن الأخ في باب الولاء أحق من الجد.

اللخمي: ولم أر للجد للأم في الحضانة نصاً، وأرى أن له في ذلك حقاً، لأن له حناناً، ولهذا غلظت الدية فيه، وأسقط عنه القود، وفي الوثائق المجموعة: إن اجتمع الجدان فالجد للأب أولى من الجد للأم. وهو قول ابن العطار، ونص في المقدمات على أنه لا حق له، ثم المولى الأعلى - أي بعد العصبة - وهو المعتق والأسفل يريد بعد الأعلى نص على ذلك اللخمي: على المشهور فيهما، أي في الأعلى والأسفل.

والمشهور مذهب المدونة إثبات الحضانة لهما. وقال ابن محرز: لا حق في الحضانة للمولى الأعلى إذ لا رحم له. وعلى قوله فلا حق للأسفل من باب الأولى.

اللخمي: ومِن شَرْط مَنْ له الحضانة من الرجال وجود الأهل من زوجة أو سرية، قال: وهذا في الذكر، وأما الأنثى فحق الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسام: ثابت، وساقط، ومختلف فيه. فيثبت فيمن بينهن وبينه محرم كالأخ وابنه والجد، ويسقط في كل من ليس بمحرم إذا كان غير مأمون أو مأموناً، ولا أهل له، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يخلُ رجل بامرأة ليس بينه وبينها محرم**».

واختلف إذا كان مأموناً وله أهل، فقال في الموازية في الصبيةِ تتزوجُ أمُّها، ولها جد وعم لهما أن يأخذاها، وأما الوصي فليس بينه وبينها محرم، وتكون مع زوج أمها لأنه صار كالمحرم منها إلا أن يخاف عليها عنده، فيكون الوصي أولى بها.

وقال أصبغ: الوصي أولى بها من الأم إذا تزوجت، ومن العم فالإناث وإن كن قد بلغن أبكاراً، والأولياء إذا لم يكن بينهم وبينها محرم كالأوصياء. وقول مالك أصوب؛ لأنه لا ينفك مَنْ تكون في ولايته أن يطلع منها على ما لا يحل، لأن طول الصحبة والتربية يسقط التحفظ، وهذا فيمن بلغ منهن حد الوطء، وأما فيمن كان صغيراً فيصح أن يقال يكفلها الوصي إلى أن تبلغ حد الوطء فتزوج، ويصح أن يقال بمنع ذلك لما عليها من الضرر في التنقل من قوم إلى قوم لأنها يشق عليها نقلها عمن ألفته، وما ذكره من أول

الفصل أن شرط الرجل في الحضانة أن يكون له أهل هو قول مالك في مختصر ابن عبد الحكم إذا تنازع الأب والخالة في الحضانة؛ الأب أولى إذا كان عنده من يحضنه فراعى أهله لأنهن العمدة في القيام بالأطفال، والغالب من الرجال التصرف، فإذا لم يكن لهم من يكفلهم ضاعوا، انتهى.

وقول مالك: (إذا كان عنده من يحضنه) أحسن من قول اللخمي: (إذا كان عنده زوجة أو سرية)؛ لصدق كلام مالك على ما إذا كانت أمة للخدمة أو قرابة، لأن الغرض من يقوم بمصالح الصبي. **المتيطي**: [٤٢٧/ أ] ولمالك في المدونة: الوصي أحق بالولد إذا نكحت الأم وليس له جدة ولا خالة.

بعض القرويين: أراه يريد الولد الذكر. قال في الموازية: ولا يأخذ الأنثى إذ ليس بينه وبينها محرم. فجعل بعض شيوخنا ما في الموازية تفسيراً لظاهر المدونة، وظاهر المدونة محتمل، لأن لفظ الولد والصبيان يقع على الذكور والإناث.

وَالأُمُّ ثُمَّ أُمُّهَا أَوْلَى مِنَ الْجَمِيعِ

هذا هو الوجه الثالث، أعني إذا اجتمع الرجال والنساء، وقوله من الجميع، أي جميع الرجال والنساء، وحكى اللخمي والمتيطي وابن رشد وغيرهم الاتفاق على ذلك.

وَفِي الأَبِ مَعَ بَقِيَّتِهِنَّ. ثَالِثُهَا الْمَشْهُورُ: يُقَدَّمُ عَلَى مَنْ بَعْدَ الْجَدَّةِ لِلأَبِ

القول بتقدمة الأب على من عدا الأم وأمها لمالك في الموازية، والقول بتقدمة الجميع عليه لمالك في الواضحة. والمشهور مذهب المدونة: يقدم على من بعد الجدة للأب، فيقدم على الأخت وما بعدها، وتقدم الجدة عليه، ولو كانت نصرانية. وزاد اللخمي رابعاً لابن القاسم في كتب المدنيين أن الخالة تبدأ على الأب ويبدأ هو على أمه. وزاد غيره خامساً أن الأب يقدم على من عدا الأم، والجدة إن لم يكن مسلمات، وإن كن قدمن عليه، ونقل عن

أشهب. وذكر في المقدمات في تقديم الأب على جميع قرابته أو تقديمهن عليه أو تقديمه على من عدا الجدة من قبله ثلاثة أقوال.

وَقِيلَ: الأَبُ أَوْلَى مِنَ الأُمِّ عِنْدَ إِثْغَارِ الذُّكُورِ

يعني: فأحرى أن يكون مقدماً على غيرها، وهذا القول رواه ابن وهب عن مالك، ووجهه أن احتياج الولد إلى أبيه بعد الإثغار أكثر، لأنه يحتاج حينئذ إلى التربية والتعليم. واستحسن ابن القصار وابن رشد وغيرهما من الشيوخ استهام الأبوين على الذكر إذا أثغر على ما وقع في بعض الآثار، وذهب إليه بعض العلماء خارج المذهب، وذهب الشافعي إلى أن الولد الذكر يخير بين أبويه، واختاره بعض الشيوخ، وترجح في الأنثى إذا كانت عند غير الأم.

وَبَقِيَّةُ النِّسَاءِ أَوْلَى مِنْ بَقِيَّةِ الذُّكُورِ

ابن عبد السلام: لا خلاف في هذا في المذهب. **اللخمي**: وكل من ذكر أن له حظاً في الحضانة فليس ذلك بواجب عليه، وهو في ذلك بالخيار من أب أو غيره، لأن لكلٍّ حناناً وعطفاً، ما خلا الأم. واختلف هل تخير أم لا؟ أي بناء على انه حق لها، أوله ابن محرز، والصواب عندي أنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون.

وَأُمُّ الْوَلَدِ تُعْتَقُ كَالْحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: إذا عتق أم ولده - وله منها ولد - فإنها أحق بحضانة ولدها على الأصح. والأصح هو مذهب المدونة، ووجهه أن الفرقة حصلت بين الأبوين بالعتق هنا، كما حصلت بالطلاق. وقال ابن وهب: لا حضانة لها. قال: وإنما ذلك للحرة يطلقها زوجها.

كَالأَمَةِ الْمُتَزَوِّجَةِ فِي وَلَدِهَا الْحُرِّ يعْتَقُ

قوله: (**يعْتَقُ**) - بالياء المثناة من تحت - عائد على الولد، قال في المدونة: وإذا أُعتق ولد الأمة وزوجها حر فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها، إلا أن تباع إلى بلد غير بلد الأب، فالأب أحق به، أو يريد الأب انتقالاً إلى غير بلده فله أخذه.

محمد: وكذلك أيضاً إذا تزوجت الأم فالأب أحق به. قيل: وظاهر المدونة خلافه، وفيه نظر، وليس في المدونة ما يؤخذ منه أنها إذا تزوجت لا تسقط حضانتها، وإذا سقطت حضانة الحرة بالتزويج فالأمة أولى، وأسقط المصنف حرف العطف من قوله: (**كَالأَمَةِ**) لأنه قصد بذلك الاستدلال على مسألة أم الولد، وذلك لأن الأمة المطلقة إذا لم يسقط حقها في الحضانة فالحرة التي كانت أم ولد وعتقها سيدها أولى لأن الحرة أقوى على صيانة ولدها من الأمة.

واستشكل اللخمي وجوب الحضانة للأمة، لأنها مقهورة مشغولة بحق ساداتها، وإذا سقطت حضانة الحرة بالتزويج لما يتعلق بها من حقوق الزوجية، فالأمة أولى لأن سلطنة الرق أقوى من سلطنة الزوجية. وقد جنح مالك إلى هذا المعنى في مختصر ما ليس في المختصر، فقال: إذا أُعتق الصغير وأمه مملوكة وأمها حرة فتنازعاه، فأمه أحق به - دنيا -، إلا أن يكون ذلك مضراً به. فقوله: (مضراً به) جنوح منه إلى النظر فيمن كان في الرق. وإلى هذا الإشكال أيضاً ذهب ابن رشد، فقال: القياس أن تكون الجدة الحرة أحق بالحضانة من الأم من أجل سيدها، كما إذا تزوجت الأم. قال: وإنما جعل الأم أحق، أي: في مسألة المختصر؛ لأنه رأى ألا يفرق بينه وبين أمه ورآها أحق بحضانته من الجدة الحرة؛ لأن سيده هو الذي ينفق عليه من أجل أنه أعتقه صغيراً، ألا ترى أن من قول مالك وغيره في المدونة وغيرها أن من أعتق صغيراً وأمه عنده أنه لا يبيعها إلا ممن يشترط عليه نفقته ليكون مع الأم في نفقة سيدها.

ابن هارون وابن عبد السلام: إنما يتم هذا لو كان زمان الحضانة هو الزمان الذي ينفق فيه السيد على عبده، والزمان الذي لا يعرف بينه وبين الأم وولدها المعتق، وهي أزمنة ثلاثة: زمان الحضانة في الذكر إلى الاحتلام، وزمان النفقة على هذا المعتق أقل الأجلين، إما بلوغ الحلم، وإما بلوغه قدر ما يسعى فيه على نفسه، والزمان الذي لا يفرق فيه بين الأم [٤٢٧/ ب] وولدها الإثغار على ما عرف في المذهب. فالجواب على إشكال اللخمي أن المرأة إذا تزوجت حصل بين زوجها الثاني وبين مطلقها بعض العداوة له ولولده فَنُزِعَ الولد من الأم لهذا المعنى بخلاف الأمة فإنها وإن شغلت بخدمة ساداتها لا يبغضون ولدها كما يبغضه الزوج، ولا سيما إن كانوا هم الذين أعتقوه. وينبهك على ما أشرنا إليه من البغض ما لمالك في الموازية: إذا نكحت الأم فالجدة للأم أولى بحضانة الولد إذا كان لها منزل تضمهم فيه، ولا تضمهم مع أمهم. وقال سحنون في أسئلة ابن حبيب: إذا كانت الجدة لا زوج لها وهي ساكنة مع ابنتها في دار زوجها الثاني لم يلزمها الخروج من الدار، ولم يكن للزوج حجة في بقاء الولد مع الأم والزوج الثاني في موضع واحد.

ابن هشام: وبما في الموازية أفتى ابن العواد، وهي الرواية المشهورة عن مالك وأصحابه، ولعل سحنوناً أراد الصبي لأنه لا كشفة فيه، وقد يقول في الصبية الكبيرة أن أباها يكره اطلاع زوجها عليها، ويمكن أن يكون ما قاله مالك في الموازية ليس معللاً بالبغض، بل لأن للأب كما قال في المدونة تعاهد الولد عند الأم وأدبهم وبعثهم إلى المكتب، ولا يبيتون إلا عندها، فإذا سكنت الحاضنة عند أمهم لم يكن للأب تعاهدهم عندها بسبب ما يحدث بذلك مما لا يخفى.

وَالأَبُ وَالْوَصِيُّ أَوْلَى مِنْ جَمِيعِ الْعَصَبَةِ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَيُسَافِرُ بِهِمْ سَفَرَ نُقْلَةٍ، وَقِيلَ: كَوَلِيِّ النِّكَاحِ ....

يعني: أن الذي نص عليه في الرواية أن الوصي أولى من سائر العصبة.

ابن بشير: وينبغي أن يجري الأمر على قولين، هل يكون مقدماً أو غير مقدم. وقد قدمنا في الصلاة على الميت وفي ولي النكاح ما يقتضي الخلاف في هذا الأصل، وهي أن هذه الحقوق هل تكون كالحقوق المالية، فلمالكها أن يتصرف فيها وينقلها إلى غيره، أو لا تكون كالحقوق المالية لأنه إنما ملك بسبب موجود فيه، لا في المنقول إليه؟

وهذا معنى قوله (**وَقِيلَ: كَوَلِيِّ النِّكَاحِ**) وعلى هذا فيكون قوله: (**وَقِيلَ: كَوَلِيِّ النِّكَاحِ**) مقابل المنصوص، وكان ينبغي أن يبين أن هذا القول مخرج، وعلى هذا فقوله أولى على المنصوص، أي: ومقابله لا حق له في الولاية، وإن كان لفظه يحتمل أن له حقاً في الولاية، وليس بأولى لكن لم أرَ ذلك. وكذلك يحتمل أن يكون قوله: (**وَقِيلَ: كَوَلِيِّ النِّكَاحِ**) اختلاف طريقة، ويكون أشار بذلك إلى أنه هل يكون أولى من الولي أو الولي أولى منه، أو هما سواء، أو كالأجنبي؟ لكن لم أر نقلاً يساعده.

وقوله: (**وَيُسَافِرُ بِهِمْ سَفَرَ نُقْلَةٍ**) ظاهر لأنه إذا كان للولي السفر بالطفل والوصي أولى منه، كان الوصي أولى بذلك.

بعض الشيوخ: وإنما يقدم الوصي على الأولياء، ما لم يعلم أن ذلك من الأب، لشنآن بينه وبين جد الولد أو أخيه، فيقدمان على الوصي. قال: ولو كان الشنآن بينه وبين عم الولد أو ابن عمه لتقدم عليه الوصي؛ لأنهما يتهمان في عداوته والإساءة له لعداوة الأب.

وَإِذَا اجْتَمَعَ الْمُتَسَاوُونَ رُجِّحَ الشَّقِيقُ ثُمَّ بِالصِّيَانَةِ وَالرِّفْقِ

وقع في بعض النسخ: (**الشَّقِيقُ**) من الشقاقة، وهو صحيح، وقد تقدم، وفي بعضها (**الشفيق**) من الشفقية وهو أيضاً صحيح ظاهر المعنى، وثم يرجح بالصيانة ثم بالسن لأن الغالب أن الأسن أقرب إلى الرفق والصبر من غيره.

فَإِنْ غَابَ الأَقْرَبُ؛ فَالأَبْعَدُ لا السُّلْطَانُ

هذا ظاهر، ولا مدخل له هنا، بخلاف النكاح.

وَشَرْطُ الْحَضَانَةِ: الْعَقْلُ، وَالأَمَانَةُ، وَالْكِفَايَةُ، وَحِرْزُ الْمَكَانِ فِي الْبِنْتِ يُخَافُ عَلَيْهَا، وَلَوْ كَانَ أَباً أَوْ أُمّاً، ويَأْخُذُهَا مِنْهُمُ الأَبْعَدُ ...

لمن يستحق الحضانة شروط:

أولها: العقل، فلا حضانة لمجنون ولو كان غير مطبق، ولا لمن به طيش.

ثانيها: الكفاية، فلا حضانة لمن به زمانة، أو بلغ به المرض أو الكبر ما لا يمكنه معه التصرف.

اللخمي: أو يمكنه بمشقة.

ثالثها: الأمانة، فلا حضانة لمن يبذر ما يأخذه من نفقة المحضون، أو كان غير مأمون في دينه، لأن مَن هذا حاله يخاف أن يُدخل على المحضون فساداً.

فرع:

ويحتاج الحاضن أن يثبت الأمانة على ما ذكره ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين، واحتجوا لذلك بما في إرخاء الستور من المدونة: أن الحضانة يستحقها من الأولياء من كان في كفاية وحرز وتحصين، وقد يكون الأب غير مأمون، فرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته أو يُدخل عليها الرجال، فهذا لا تضم إليه.

ابن القاسم: وينظر لها السلطان. المتيطي: فيما قيده الموثقون نظر عندي، والواجب أن يحمل على الأمانة فيهم، ولا يكلف بينة حتى يثبتوا عليه ذلك.

رابعها: المكان في البنت التي يخاف عليها، بخلاف الصبي والصغيرة التي لا يخاف عليها.

وقوله: (**وَلَوْ كَانَ أَباً**) يعني: أن هذه الشروط تعتبر في الحاضن مطلقاً، ولو كان أقرب الحاضنين أو الحاضنات، ولا يقال أن قربه يسقط بعض هذه الأوصاف.

واختلف في السفيهة، فقيل: لها الحضانة، وقيل: لا. وهو قوله في الموازية، قال: ولا حضانة لسفيهة، [٤٢٨/ أ] ابن القاسم في وثائقه: ويلزم عليه العمى والصمم والقعد والخرس، وقال اللخمي: إن كانت سفيهة في عقلها ذات طيش وقلة ضبط، لا تحسن القيام بالمحضون ولا أدبه، أو كانت سفيهة فيما تقبضه، تبذره قبل انقضاء الأمر، فلا حق لها في الحضانة، بخلاف ما إذا كانت سفيهة مولى عليها ذات صيانة وقيام، ويشترط في الحاضنة ألا تكون جذماء ولا برصاء؛ وإن كان خفيفاً لم يمنع، وإذا كانت الحضانة لرجل روعي ذلك فيمن يتولى الحضانة من نسائه في القيام، ودفع المضرة.

قوله: (**وَيَأْخُذُه مِنْهُمُ الأَبْعَدُ**) أي: إذا عدم من الأقرب بعض هذه الصفات أخذه الأبعد، وهو ظاهر.

وَخُلُوُّ الْمَرْأَةِ مِنْ زَوْجٍ دَخَلَ بِهَا إِلا جَدَّ الطِّفْلِ عَلَى الأَصَحِّ

لما ذكر الشروط المطلوبة ذكر أن الحاضنة يشترط فيها أن تكون خالية من الزوج، لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أنتِ أحق به ما لم تنكحي**» وسقطت حضانتها بالزواج لاشتغالها بحقوق الزوج عن المحضون، وهذا هو المعروف. وفي المتيطية عن مالك أنه ليس للوالد أخذ الولد من الأم، وإن تزوجت ودخل بها زوجها إذا كان الابن في كفاية.

قوله: (**إِلا جَدَّ الطِّفْلِ**) أي: فإن تزوج الحاضنة به لا يسقط حضانتها لشدة حنوه على الولد.

واعلم أن تزويج الحاضنة بجد الطفل لا يمكن أن يتصور ذلك في حق الأم لاستحالة أن يتزوج أم الولد بجده، وإنما يتصور في جدة الطفل ونحوها، والأصح مذهب المدونة، ومقابله لابن وهب أنه لا يستثنى عنده أحدٌ من الأزواج، بل مطلق التزويج عنده مُسقِط نظراً لقوله عليه الصلاة والسلام: «**ما لم تنكحي**».

وقوله: (**جَدَّ الطِّفْلِ**) الأحسن جد المحضون، لأن الذي يتبادر إلى الذهن في العرف من الطفل أنما هو الواحد الذكر، وإن صح إطلاقه على أكثر من واحد لقوله تعالى: ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النور: ٣١].

تنبيه:

قوله: (**إِلا جَدَّ الطِّفْلِ**) نحوه لابن شاس وابن بشير: إن تزوجت الأم أو من لها الحضانة، فإن لم يكن ولياً للطفل فقد سقطت حضانتها، وإن كان ولياً فقولان، المشهور ثبوت حضانتها، فأطلق في الولي. ونحوه للخمي وصاحب المقدمات ففي المقدمات: وإن زوجها ذا رحم من المحضون، فلا يخلو من وجهين: **أحدهما**: أن يكون محرماً، والثاني: ألا يكون محرماً؛ فإن كان محرماً عليه فسواء كان ممن له الحضانة كالعم والجد للأب، أو ممن لا حضانة له كالخال، والجد للأم لا تأثير له في إسقاط الحضانة. وأما إن كان غير محرم عليه فلا يخلو أن يكون ممن له الحضانة كابن العم أو ممن لا حضانة له كابن الخال، فإن كان ممن له الحضانة فهي أحق ما لم يكن للمحضون حاضنة أقرب إليه منه فارغة من زوج، وإن كان ممن لا حضانة له سقطت حضانتها بكل حال، كالأجنبي سواء.

وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّةً فَقَوْلانِ

يعني: اختلف هل يستثنى من النساء إذا تزوجن المرأة الموصاة أم لا؟ قولان، وهما لمالك، وروي عن أشهب وابن نافع: إذا أرادت النكاح له أن ينتزع الولد منها إن نكحت، لأن المرأة إذا تزوجت غلبت على جل أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب. وقال في موضع آخر: إن أفردت لهم بيتاً مع من يخدمهم، وأحسنت النظر لم ينزعوا منها.

فائدتان:

قال غير واحد: لا يُسقط التزويجُ بالأجنبي الحضانةَ في ست مسائل هذه على أحد القولين: وإذا كان الولد رضيعاً لا يقبل غير أمه، وإذا قبل وقالت الظئر لا أرضعه إلا

عندي، لأن كونه في رضاع أمه - وإن كانت متزوجة - أرفق له من أن يسلم لأجنبية، وإذا كان من بعدها ممن له الحضانة غير مأمون، وإذا كان من بعدها عاجزاً أو غائباً، وإذا لم يكن للولد قرابة من الرجال ولا من النساء، ويزاد سابعة وهي: إذا كان الأب عبداً والزوجة حرة، فلا يكون للأب أن ينتزعه منها إذا تزوجت.

ابن القاسم في الموازية: إلا أن يكون مثل العبد القيم بأمور سيده، أو التاجر الذي له الكفاية، فيكون أولى بولده إذا تزوجت الأم، وأما العبد الذي يخرج في الأسواق ويبعث في الأسفار فلا.

الفائدة الثانية: قال في المقدمات: اختلف بماذا يسقط الزوج الأجنبي حضانة زوجته؛ فقيل بالدخول، وقيل: بالحكم عليها، وقيل: بأخذ الولد منها. وعلى هذا يأتي اختلافهم فيمن طلق امرأته وله منها ولد، فتزوجت ولم يعلم بتزويجها حتى مات عنها أو طلقها أو علم بذلك ولم تطل المدة، هل له أن يأخذ الولد منها بعد خلوها من الزوج أم لا؟

وأما إن علم بتزويجها ولم يقم حتى طالت المدة ثم طلقها الزوج أو مات عنها فليس له أن يأخذ الولد منها، لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه على الخلاف في السكوت، هل هو بمنزلة الإقرار أم لا؟

وَلا يُشْتَرَطُ الإِسْلامُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَتُضَمُّ إِلَى نَاسٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَلَوْ كَانَتْ مَجُوسِيَّةً أَسْلَمَ زَوْجُهَا ....

لا يشترط في الحاضن والحاضنة أن يكونا مسلمين على المشهور، وهو مذهب المدونة، والشاذ لابن وهب: لا حق لكافرة لأنه إذا لم يكن لمن أثنى عليه بشر حضانة، فالكافرة أولى، واستحسنه [٤٢٨/ ب] اللخمي.

وقوله: **(وَتُضَمُّ إِلَى نَاسٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ)** ظاهره أنها تضم مطلقاً. وفي المدونة: والذمية إذا طلقت والمجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام فيفرق بينهما، ولهما من الحضانة ما للمسلمة، وتمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير، وإن خيف أن تفعل ذلك ضمت إلى ناس من المسلمين، ولا ينتزعون منها، فلم يقل إنها تضم، إلا إذا خيف منها.

وَلا تَعُودُ بَعْدَ الطَّلاقِ أَوِ الإِسْقَاطِ عَلَى الأَشْهَرِ إِلا فِي إِسْقَاطِهِ لِعُذْرٍ

يعني: فلو تزوجت الأم أو غيرها من الحاضنات أو أسقطته هي فهل لها أن تعود في الطفل فتأخذه إذا طلقت أو مات زوجها. فالأشهر وهو مذهب المدونة أنها لا تأخذه ولا تعود لها الحضانة، والشاذ لابن وهب أنها تأخذه. وزاد في المقدمات ثالثا: أنها تسقط حضانتها في حال تزويجها، فإن طلقها الزوج أو مات عنها رجعت في ولدها. وفيه نظر، لأن هذا القول هو قول ابن وهب لأن ابن وهب لا يقول أن لها الحضانة وهي متزوجة.

وهكذا قال ابن عبد السلام: صاحب المقدمات وغيره. وهذا الخلاف إنما هو على مذهب من يرى أن الحضانة حق للحاضنة، وأما على قول ابن الماجشون الذي يرى أن الحق في الحضانة للمحضون فلها أن تأخذ الولد متى خلت من الزوج.

ابن عبد السلام: واختلف في سكوت الحاضن الأقرب عن الحاضن الأبعد يأخذ الطفل أو غيره ممن كان له في الحضانة حق فتزوج مثلاً، وبقي الطفل بيده هل يكون سكوته تركاً لحقه في الحضانة؟ على قولين، إلا في إسقاطه لعذر كمرض أو لسفر حجة الفريضة ونحو ذلك، فإن لها الحضانة إذا زال عذرها.

فرعان:

أولهما: قال في الموازية: وإن تزوجت الأم فأخذتهم الجدة للأم ثم فارق الأم زوجها فللجدة أن تردهم عليها، وليس للأب في ذلك حجة. ابن محرز والمتيطي: أما لو ماتت الجدة وطلقت المرأة فهي أحق من الأب.

الثاني: قال أشهب عن مالك فيمن توفي زوجها فتركت أولادها خمسة أشهر أو سبعة ثم قيل لها: أنت أحق بهم ما لم تنكحي. فقالت: والله ما علمت بهذا. قال: الثاني في هذا قريب، وهو يجهل السنة. وقد سئل عمن فارق زوجته وله منها بنت فطرحتها وألحقت بأهلها، فقامت عندهم ما شاء الله ثم تزوجت لا تتعرض لبنتها ولا تريدها حتى ماتت، فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها، فقال: إن كان لذلك سنة فأكثر فلا شيء لها، فقد تركوها ورفضوها، فإن كان لذلك سنة إلا يسيراً فأرى لها أخذها، وإن تزوجها تزويجاً فاسداً لا يُقران عليه، ودخل بها الزوج، ونزع منها الولد ثم علم بفساد النكاح ففسخ، فقال بعضهم: يرجع إليها الولد. وقال غيره: لا يرجع.

ابن يونس: وهو أصوب، وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح.

وَيَسْقُطُ حَقُّ الأُمِّ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَضَانَةِ إِذَا سَافَرَ وَلِيُّ الطِّفْلِ الْحُرُّ أَباً أَوْ غَيْرَهُ سَفَرَ نُقْلَةٍ سِتَّةَ بُرُدٍ، وَلَوْ كَانَ رَضِيعاً لا سَفَرَ نُزْهَةٍ وَتِجَارَةٍ إِلا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ...

يعني: إذا سافر ولي الطفل سواء كان الولي أباً أو غيره، ودخل في قوله: **(أو غيره)** الوصيُّ وغيره، والحر أولى. يصح أن يقرأ بالخفض صفة للطفل، وبالرفع صفة للولي، لأنه إذا كان الولد أو أبوه رقيقاً لم يكن السفر مسقطاً للحضانة، بل إن كان العبد هو الولد فليس لأبيه إذا سافر كلام، بل هو تحت نظر سيده في الحضن، وكذلك للسيد أن يسافر به، ولأمه اتباعه إن أحبت، وإن كان العبد هو الأب ففي المدونة ليس له حق إذا سافر والأم أحق به، كانت حرة أو أمة، لأن العبد لا قرار له ولا مسكن.

قوله: **(سَفَرَ نُقْلَةٍ)** أي سفر انتقال، وأما إن سافر سفر نزهة أو تجارة فلا حق له، وإليه أشار بقوله: **(لا سَفَرَ نُزْهَةٍ وَتِجَارَةٍ)** أي ونحوهما.

وقوله: **(سِتَّةَ بُرُدٍ)** هو بيان للسفر المسقط، يعني: وأما لو سافر سفراً قريباً فإن ذلك لا يسقط حضانتها، لإمكان نظر الولي، وهذا التحديد لمالك في الموازية.

وقوله: (**وَلَوْ كَانَ رَضِيعاً**) مبالغة، وهو المشهور، بشرط أن يقبل غير أمه. ولابن القاسم: ليس له أخذه إلا أن يكون فطيماً قد استغنى عن أمه. ولمالك في الموازية: لا يخرجوا بهم حتى يثغروا.

وقوله: (**إِلا أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ**) يعني: أنه تسقط حضانتها بالسفر المذكور إلا أن تتبعه فهي على حضانتها، ولا كلام للولي، وإنما سقطت الحضانة بهذا السفر، لأن نظر الولي لوصيه عام، ونظر الأم إنما هو في أمور خاصة، فكان تحصيل ما ينظر فيه الولي أولى من تحصيل ما تنظر فيه الأم، ولهذا كان الوصي مقدماً على الأولياء إذا أراد سفراً بالمحضون.

بعض شيوخنا: وإن كان للولد وليان، وهما في القعد سواء، فسافر أحدهما، فليس له الرحلة بالولد، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمه، وكذلك إن لم تكن له أم، لأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى.

فرعان:

الأول: قال جماعة: يشترط في إسقاط الحضانة بالسفر أن تكون الطريق مأمونة، يسلك فيها بالمال والحريم، وكذلك البلد الذي ينتقل إليه، ولا يشترط أن لا يكون بين البلد الذي سافر إليه الأب وبلد الحضانة بحر على الأصح، قاله ابن الهندي [٤٢٩/ أ] وغيره لقوله تعالى: ﴿ **هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ** ﴾ [يونس: ٢٢].

الثاني: إذا قلنا: للولي الانتقال بالولد. فقال ابن أبي زمنين: كان بعض من أدركنا من شيوخنا المقتدى بهم في الفتوى يفتون بأن الولي لا يكون أحق حتى يثبت عند حاكم البلد الذي فيه الحاضنة أنه قد استوطن الموضع الذي رحل إليه. وقال ابن الهندي وابن الفخار وغيرهما: بل له الأخذ إذا أراد الرحيل. واحتجوا بقوله في المدونة: إذا أراد الأب أن يرتحل إلى بلد؛ أن للأب أن يخرج بولده معه إذا ارتحل، وكذلك الأولياء، فلم يكلفه ببينة أنه قد استوطن. وعابوا الأول لأنه يؤدي إلى المشقة في الراحل إلى البعيد، وقد آوى إلى إسقاط حقه.

ابن الهندي: ويحلف لقد يريد استيطان ذلك البلد. **بعض القرويين**: وهذا يحسن في المتهم، وأما المأمون فلا يمين عليه. ووقع لسحنون في أسئلة حبيب أنه كان يكشف عن انتقاله كشفاً شافياً، فإن تبين ضرره منع، وإن كان خروجه حقيقة لا مضاراً بالأم لم يمنع، وقيل للأم: اتبعي ولدك إن شئت. واستدل بعضهم على صدقه بقرائن الأحوال، فإن باع ربعه أو نحو ذلك صدق، وعلى أنه لا بد من الاستيطان بمدة غير محدودة، بل يرجع إلى اجتهاد الحاكم. **عبد الحق**: ووقع في وثائق ابن الطلاع: تحرير المدة بالعام.

وَقَالَ أَصْبَغُ: بَرِيدَيْنِ

قوله: (**وَقَالَ أَصْبَغُ: بَرِيدَيْنِ**) يقتضي ثبوت معطوف عليه، وهو قوله: (ستة برد).

ابن عبد السلام: ولم يثبت قوله (ستة برد) في كل النسخ، ولم أر أنا نسخة إلا وفيها ذلك. وقال أصبغ في الموازية: لأن فيها عنه: ليس للأم أن تنتجع بولدها من الأسكندرية إلى الكريون.

اللخمي وغيره: وبينهما بريدان. وقريب منه ما قاله مالك: في البعيد مرحلتان.

أبو إسحاق: وقول أصبغ ظاهر المدونة؛ لأنه قال: القريب البريد ونحوه.

ولمالك أن مسيرة اليوم قريب للأم أن تخرج بالولد إليه. قيل: وهو الأقرب قياساً على سفر القصر. ولمالك: حد القريب أن يكون بموضع لا ينقطع خبر الولد منه، من غير أن يحده بأميال. **اللخمي**: وهو بين، فرب قريب لا ينقطع خبر الولد منه، واستعلام جاله لكثرة تردد أهله بين الموضعين، ورب قريب لا يعرف فيه حال الولد لقلة التصرف فيما بين الموضعين. وقال ابن مغيث: الذي مضت الفتوى به عند شيوخ المذهب ما ذكره المصنف أولاً: ستة برد. وقيل: إذا كان على رأس البريد هو بعيد.

وروى ابن وهب في الموطأ: حتى يرتحل من المدينة إلى مصر. ومثله عن أشهب.

وَسَفَرُهُ أَوْ سَفَرُ الأُمِّ بِهِ دُونَ ذَلِكَ، لا يَسْقُطُ. وَفِيهَا: كَالْبَرِيدَيْنِ

يعني: وسفر الولي أو سفر الأم دون المسافة المسقطة لا يسقط حق الحاضنة؛ لأن ذلك لا يمنع الولي من النظر في أمر الطفل. وفي المدونة: تحرير القرب بالبريد ونحوه. وقد تقدم أن أبا إسحاق أخذ منه أن البعيد بريدان كما قاله أصبغ، وكذلك قال ابن رشد في قول أشهب: لا يرحل بهم ثلاثة برد. هذا مثل ما في المدونة لا ينتجع بهم إلا في المكان القريب؛ البريد ونحوه. وما ذكره من تسوية سفر الولي والحاضنة نص عليه اللخمي وغيره.

ابن راشد: وحيث قلنا تخرج بهم الأم فحقهم في النفقة باق على أبيهم في ظاهر المذهب. وحكى في الطرر عن ابن جماهر الطليطلي أن الأم إذا خرجت ببنيها إلى الصائفة سقط الفرض عن أبيهم مدة مقامهم، ولو طلبت الانتقال بهم إلى موضع مصر، فشرط الأب عليها نفقتهم وكسوتهم جاز ذلك، وكذلك إذا خاف أن تخرج بهم بغير إذنه، فشرط عليها إن فعلت ذلك فنفقتهم وكسوتهم عليها؛ لزمها ذلك، قاله بعض الأندلسيين.

وَفِي اسْتِحْقَاقِ الْحَاضِنَةِ عَنْهَا شَيْئاً قَوْلانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ حَقٌّ لَهُ أَوْ لَهَا

قوله: (**عَنْهَا**) أي عن الحضانة. وما ذكر المصنف من منشأ الخلاف ذكره صاحب المقدمات وابن بشير، فقالا: من رأى الحضانة حقاً للمحضون أوجب للحاضن الأجرة على المحضون، ومن رآها حقاً للحاضن لم ير له أجرة. وما قاله ابن عبد السلام من عكس هذا البناء ليس بظاهر، قال في المقدمات: من رأى أن ذلك من حقها لم يرَ لها سكنى، ومن رأى ذلك من حق المحضون رأى أن لها كراء المسكن على الأب.

خليل: وفيه نظر؛ لأن المشهور أن الحق للحاضنة، والمشهور أن على الأب السكنى، وهو مذهب المدونة خلافاً لابن وهب. وعلى المشهور فقال سحنون: يكون السكنى على حسب الاجتهاد. ونحوه لابن القاسم في الدمياطية، وهو قريب لما في المدونة. وقال يحيى

ابن عمر: على قدر الجماجم. وروي: لا شيء على المرأة ما دام الأب موسراً. وقيل: إنها على الموسر من الأب والحاضنة. وحكى ابن بشير قولاً بأنه لا شيء على الأم من السكنى، ورأى اللخمي أن الأب إن كان في مسكن يملكه أو بكراء ولو كان ولده معه لم يزد عليه في الكراء شيئاً؛ لأنه في مندوحة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزاد عليه في الكراء، وعليها هي لأجل الولد، فعليه الأقل مما يزاد عليه أو عليها لأجله، فإن كان ما يزاد عليها أقل أخذته لأنه القدر الذي أضر بها، وإن كان ما يزاد عليه غرمه لأنه مما لم يكن له بد ولو كان عنده. وفي الطرر: لا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع، فإذا [١٥٢/ ب] خرج من الرضاعة كان عليه أن يسكنه. **خليل**: ولا أظنهم يختلفون في الرضيع.

فائدة:

في المذهب مسائل اختلف فيها، هل هي على الرؤوس أم لا؟ منها هذه، ومنها أجرة كاتب الوثيقة، ومنها كانس المراحيض، ومنها حارس الأنذر، ومنها أجر القاسم، ومنها التقويم على المعتقين، ومنها الشفعة إذا وجبت لشركاء، ومنها العبد المشترك في زكاة الفطر، ومنها النفقة على الأبوين، ومنها إذا أرسل أحد الصائدين كلباً والآخر كلبين، ومنها إذا أوصى بمجاهيل من أنواع.

وَعَلَى الاسْتِحْقَاقِ فَإِنِ اسْتَغْرَقَتْ أَزْمَانَهَا فَنَفَقَةٌ وَإِلا فَأُجْرَةٌ

يعني: وعلى القول باستحقاق الحاضنة على الحضانة أجرة، فإن أشغلها ما يتعلق بالولد في جميع أزمانها وجبت لها النفقة كالزوجة، وإن لم تستغرق أزمانها وجب لها من الأجرة بحسب ما يقرره أهل العرف لها.

اللخمي: وإن كان الولد يتيماً فللأم أجرة الحضانة إن كانت فقيرة والابن موسراً؛ لأنها تستحق النفقة في ماله، واختلف إذا كانت موسرة، فقال مالك: لا نفقة لها. وقال مرة: لها النفقة إذا قامت عليه بعد وفاة أبيه. وقال أيضاً: تنفق بقدر حضانتها إذا كانت لو تركته لم يكن له بد من الحضانة. فجعل لها في هذا القول الأجرة دون النفقة.

اللخمي: وأرى إن تأيمت لأجلهم وكانت هي الخادمة والقائمة بأمورهم أن لها النفقة، وإن كانت أكثر من الأجرة لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من يقف عليها - وكأن من النظر للولد كونهم في نظرها - وإن لم تكن تأيمت لأجلهم أو كانت في سن من لا يتزوج كان لها الأجرة، وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم واستأجرت من يقوم بخدمتهم فإنها هي ناظرة بما يصلح للولد فقط لم أر لها شيئاً.

فرعان:

الأول: إن لمن الولد في حضانتها من أم أو غيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة أو كسوة وغطاء ووطاء. وإن قال الأب: هو يأكل عندي ثم يعود إليك لم يكن له ذلك؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى الحاضنة؛ إذ الأطفال يأكلون في كل وقت، قاله غير واحد.

وكتب شجره إلى سحنون في الخالة الحاضنة إذا قال الأب: إنها تأكل ما أعطيه؛ وطلب الأب أنه يأكل عنده ويعلمه، فكتب إليه أن القول للأب، فجعل للحاضنة أن يأوي إليها فقط، والأول هو الأصل، ولعله ظهر صدقه في السؤال، وقد ذكر ابن يونس عن مالك هذا التفصيل نصاً في العتبية.

الثاني: **اللخمي**: اختلف في خدمة الولد، ففي المدونة: إن كان لا بد للولد من خادم لضعفهم عن أنفسهم والأب يقوى على الإخدام أخدمهم. وقال ابن وهب في الدمياطية: ليس عليه أن يخدمهم، وبذلك قضى أبو بكر على عمر رضي الله عنهما.

وَتَجِبُ عَلَى الْوَلَدِ نَفَقَةُ أَبَوَيْهِ الْفَقِيرَيْنِ - صَحِيحَيْنِ أَوْ زَمِنَيْنِ، مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ - صَغِيراً أَوْ كَبِيراً، ذَكَراً أَوْ أُنْثَى، وَإِنْ كَرِهَ زَوْجُهَا ....

يعني: أنه يجب على الولد أن ينفق على أبويه سواء كانا صحيحين أو زمنين مسلمين أو كافرين، صغيراً أو كبيراً، وكذلك أيضاً لو كان هو كافر وهما مسلمان، هذا هو القول

المشهور، وروى ابن غانم عن مالك أنه لا نفقة للأبوين الكافرين، واشترط أن يكونا فقيرين؛ لأنه لا نفقة لهما إذا كانا غنيين.

ابن لبابة: ويحلفه الولد على فقره استبراء للحكم. وقال غيره: لا يحلفه؛ لأنه من الحقوق، وبه الحكم.

وَلا يُسْقِطُهَا تَزْوِيجُ الأُمِّ لفَقِيرٍ

أي: إذا تزوجت الأم فقيراً فوجوده كعدمه، ونفقتها مستمرة على الولد، وكذلك أيضاً لو كان الزوج ملياً وافتقر، ولو كان يقدر على بعضها تمم الابن باقي النفقة ولو كان الزوج ملياً. وقال: لا أنفق عليها إن رضيت، وإلا فارقتها؛ فرضيت الأم. فقال الباجي: ينفق الابن. وقال اللخمي: لا ينفق، إلا أن تكون قد أسنت والزوج على غير ذلك، أو يقوم الدليل على صحة قوله.

فَإِنْ كَانَ أَوْلادٌ مُوسِرُونَ وُزِّعَتْ، وَفِي تَوْزِيعِهَا عَلَى الرُّؤُوسِ أَوْ عَلَى الْيَسَارِ قَوْلانِ

القول بأنها على الرؤوس لابن الماجشون وأصبغ، والقول بأنها على قدر اليسار لابن المواز. وقال مطرف وابن حبيب: على قدر الميراث.

فرع:

إذا كان للأب مال فوهبه أو تصدق به ثم طلب الابن بالنفقة فللولد أن يرد فعله، وكذلك لو تصدق به على أحد ولديه كان للولد الآخر أن يرد فعله؛ قاله اللخمي.

وَكَذَلِكَ خَادِمُهُ وخَادِمُهَا عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا عائد على صدر الفصل، يعني: وكذلك يجب على الولد نفقة خادم الأب وخادم الأم على المشهور، والشاذ لابن عبد الحكم: ليس عليه أن ينفق على خادم أبيه. وفي المدونة: يلزمه أن ينفق على خادم أبيه وخادم زوجة أبيه؛ لأن خادم زوجة أبيه تخدمه.

ويحتمل كلام المصنف من حيث اللفظة أن يكون قوله: (**وَكَذَلِكَ خَادِمُهُ**) راجع إلى مسألة توزيع النفقة، وهو بعيد.

وَكَذَلِكَ إِعْفَافُهُ بِزَوْجَةٍ

يعني: وكذلك يجب على الولد أن يعف والده بزوجة، هذا قول أشهب، واختاره ابن الهندي، قيل: وهو المشهور عن مالك وابن القاسم أنه ليس على الولد ذلك. وقاله المغيرة وابن عبد الحكم، وفي رواية [٤٣٠/ أ] ابن نافع وأشهب: إن كان رجلاً نكاحاً يأتي امرأة لها شأن، فما أرى ذلك عليه.

اللخمي: إن كان محتاجاً إلى النساء زوجه، وإن لم يكن محتاجاً لهن ويخدم نفسه لم يكن عليه تزويجه، وإن لم يكن قادراً على خدمة نفسه، أو كان مثله لا يتكلف ذلك، كان تزويجه حسناً. قال ابن رشد: لو تحققنا حاجة الأب إلى النكاح، لانبغى ألا يختلف في وجوب ذلك على الابن، فالاختلاف إنما هو عائد إلى تصديق الأب فيما يدعيه من الحاجة إلى النكاح.

اللخمي: وينفق الابن على زوجة الأب، سواء كان الأب محتاجاً إليها في الإصابة أم لا، لأنه وإن أسن يحتاج إلى رفق من يقوم به، ولأن عليه مضرة ومعرة في فراق زوجته لعدم النفقة، قال في المدونة: وينفق على زوجة وإخوة لا أكثر. ولا إشكال في هذا إن كانتا أجنبيتين، وأما إن كانت إحداهما أمه، فاختلف في ذلك إذا كانت أم الولد فقيرة، فقيل يلزمه نفقتهما أما الأم فلفقرها، إذ لو فارقها الأب لكان عليه نفقتها، وأما الأخرى، فلأنها لو كانت وحدها لزمته نفقتها. وقيل: لا يلزمه إلا نفقة أمه.

ابن يونس: وهو أشبه بظاهر الكتاب؛ إذ ليس عليه أن ينفق إلا على امرأة واحدة، وقال اللخمي: إنما ينفق على أمه فقط، إلا أن تكون أمه قد أسنت، والأخرى شابة. وفي الأبنية فعليه أن ينفق عليهما جميعاً، ونقل ابن عيشون عن ابن نافع أنه ينفق على أربع زوجات الأب.

فرع:

ولا يلزم الولد أن ينفق على زوج أمه الفقير. وقال في الكافي: على الابن أن ينفق عليه. وفي الإرشاد أنه يجب على الابن أن ينفق على زوج الأم إن أعسر، إلا إن تزوجته فقيراً.

فَإِنْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ لا فَضْلَ فِي ثَمَنِهَا لَمْ تُعْتَبَرْ كَمَا يَأْخُذُ مِنَ الزَّكَاةِ

تصوره ظاهر، واختلف إذا كانت للابن دار يسكنها، وليس للأب مال، فقال ابن القاسم: لا تباع دار الابن لأجل نفقة الأب. وقيل: بل تباع. وعلى هذا فيبيع دار الأب لينفق منها على نفسه أولى.

وَشَرْطُ نَفَقَةِ الْوَلَدِ وَالأَبَوَيْنِ - الْيَسَارُ

يعني: كما يشترط في طالب النفقة الفقر فكذلك يشترط في معطيها اليسار.

الباجي: وتلزم نفقة الأبوين المعسرين، وإن قويا على العمل. وقال اللخمي: إن كان للأب صنعة تقوم به وبزوجته أجبر على عملها، وإن كانت تكفيه لبعض حاجته تمم الابن الباقي.

فرع:

إذا طلب الأب من الابن النفقة وادعى الفقر وأنكر الابن فقر أبيه، وادعى أنه عديم، فقال ابن العطار وابن أبي زمنين: الابن محمول على الملاء حتى يثبت خلافه، وعليه أن يثبت العدم. وقال ابن الفخار: بل على الأب إثبات ملاء ابنه. قال: وإن كان للأب ولد آخر وجب على الابن المدعي العدمَ إثباتُ عُدْمِهِ؛ لأن أخاه يطالب بالنفقة معه.

ابن العطار: وأما الوالد في نفقة الولد إن لم يثبت أنه ملك شيئاً، فالقول قوله مع يمينه، ومن ادعى أن له ملكاً فعليه البينة.

وَتَسْقُطُ عَنِ الْمُوسِرِ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ بِخِلافِ الزَّوْجَةِ

يعني: لو كان الأب عديماً، والولد موسراً أو العكس، فتحميل الموسر في النفقة زماناً لم يكن له الرجوع بما تحيل على من تجب عليه نفقته لأنها مواساة تدفع لسد خلة المحتاج في وقتها، وإذا انسدت تلك الخلة بوجه سقط الوجوب، بخلاف نفقة الزوجة فإنها واجبة بمعنى المعاوضة، ألا ترى أنها تجب لها ولو كانت غنية.

إِلا أَنْ يَفْرِضَهَا الْحَاكِمُ أَوْ يُنْفِقَ غَيْرَ مُتَبَرِّعٍ

إلا أن يفرضها الحاكم فيرجع ولو مضى زمانها، وكذلك أيضاً إذا أنفق غير متبرع، فإنه يرجع بما أنفق على الابن.

وَلا رُجُوعَ بِنَفَقَةِ الآبَاءِ وَالأَبْنَاءِ إِذَا أَيْسَرُوا بَعْدُ

لأنهم لو أخذوا في الفقر بوصف الاستحقاق فكان ذلك بمنزلة ما لو أخذ الفقير من الزكاة، ثم طرأ غناؤه، ولأنه لو كان له الرجوع لكان المدفوع أولاً سلفاً، والفرض خلافه.

وَلا تَجِبُ نَفَقَةُ جَدٍّ وَلا جَدَّةٍ وَلا وَلَدِ الْوَلَدِ

هذا هو المذهب.

فرع:

اللخمي: ولو كان للابن صنعة فيها فضل عن نفقة لزمته نفقة أبويه، فإن كان له زوجة، فللأب ما فضل عن نفقته ونفقتها، واختلف إذا كان له ولد، فقيل: يقسم الفاضل بينهما، وقال ابن خويزمنداد: يبدأ بالابن.

وَتَجِبُ نَفَقَةُ مِلْكِ الْيَمِينِ، وَإِلا بِيعَ عَلَيْهِ

تصوره ظاهر.

فرع:

إذا تبين ضرره بعبده في توجيعه وتكلفه من العمل ما لا يطيق وتكرر ذلك منه بيع عليه.

وسئل ابن حارث عن مملوكة اشتكت إضرار سيدها بها وضربها، فقال: ليس الضرب - وإن صح - بالذي يدل على الضرر، إذ للمالك أن يؤدب مملوكه، وهو مصدق إلا أن يظهر تعديه فيباع، ولا يكلف مملوكه إثبات الضرب إلا أن يكون السيد مشهوراً بالشر والتعدي ويعرف بذلك، وثبت ذلك عليه مع أثر الضرب.

ابن زرب: وروي [٤٣٠/ ب] عن مالك في المملوكة تطلب أن تباع: ينظر في أمرها، فإن كان ما هي فيه ضرر بيعت، وإلا فلا، قال: وكان بعض شيوخ بلدنا يفتون بأن تكرير الشكية منها يوجب بيعها، غير أن هذا إنما يكون في المجهول الحال، وأما إن كان السيد من أهل الخير فلا يجوز بيعها إلا بثبوت الضرر.

وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَرْعًى

أي: إن لم يكن مرعى فتعلف أو تباع، كذلك أيضاً إن كان المرعى لا يكفيها، ولا يكلف الدواب أيضاً فوق طاقتها.

وَلا يَجُوزُ مِنْ لَبَنِهَا إِلا مَا لا يَضُرُّ بِنِتَاجِهَا

تصوره ظاهر.

* * *

البُيُوعِ

أتى بجمع الكثرة لتعدد الأنواع. وحَدَّ المازري البيع بأنه: نقل الملك بعوض. وهذا يشمل الصحيح والفاسد؛ بناء على أن الفاسد ينقل الملك، قال: وإن قلنا أنه لا ينقل لم يشمله، لكن العرب قد تكون التسمية عندهم صحيحة؛ لاعتقادهم أن الملك قد انتقل على حكمهم في الجاهلية وإن كان لم ينتقل على حكم الإسلام.

خليل: وإن أردت إخراجه بوجه صحيح لاشك فيه فتزيد بوجه جائز.

ابن راشد: ويرد عليه أسئلة.

الأول: أن البيع علة في نقل الملك، فنقول: انتقل الملك لمشتري الدار لأنه ابتاعها، والعلة مغايرة للمعلول فلا يمكن حد البيع بالنقل.

ثانيها: أن النقل حقيقة في الأجسام مجاز في المعاني، والمجاز لا يستعمل في الحدود.

ثالثها: أن الملك مجهول؛ لأنا إن قلنا: هو التصرف انتقض لتصرف الوصي والوكيل؛ لأنهما غير مالكين وهما يتصرفان. وقد يوجد الملك ولا تصرف في المحجور عليه، وقد يوجدان معاً في ملك الرشيد. وإذا كانت حقيقة الملك مجهولة؛ فيكون عرف البيع بما هو أخفى منه. والأقرب ما قاله ابن عبد السلام: أن حقيقة البيع معروفة لكل أحد لا تحتاج إلى حد. وهذا الباب مما ينبغي أن يهتم به؛ لعموم البلوى.

وقول بعض الناس: يكفي ربع العبادات ليس بشيء؛ إذ لا يخلوا مكلف غالبا من بيع وشراء فيجب أن يعرف حكم الله في ذلك قبل التلبس به.

لِلْبَيْعِ أَرْكَانٌ: الأَوَّلُ: مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ فَتَكْفِي الْمُعَاطَاةُ. وَبِعْنِي، فَيَقُولُ: بِعْتُكَ

اللام للاختصاص. والركن: جزء الشيء وهو داخل في الماهية، وذكر للبيع ثلاثة أركان: ما يدل على الرضا، والعاقد -والمراد به البائع والمشتري- والمعقود عليه. وسيأتي كل

واحد منهما. وعلى هذا فقوله: (لِلْبَيْعِ أَرْكَانٌ) فيه حذف مضاف؛ أي: ثلاثة أركان. أو على حذف الصفة؛ أي: أركان ثلاثة. وإنما كان المتعاقدان من أركان البيع؛ لتوقف البيع عليهما.

وقوله: (الأَوَّلُ) أي: الركن الأول ما يدل على الرضى من قول؛ كقولك: بعت، وقول المشتري: قبلت. أو فعل كالمعاطاة. وقول الشافعية: لا دلالة للأفعال بالوضع فلا ينعقد بها البيع ليس بظاهر؛ لأنه لا يلزم من نفي الدلالة الوضعية نفي مطلق الدلالة؛ لبقاء الدلالة العرفية على الرضا وهو المقصود، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منهما؛ لقوله تعالى ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء:٢٩] وقدم هذا الركن؛ لأنه الموجود أولاً طبعاً فوجب تقديمه وضعاً، وتاليها السلعة. وقوله: (بِعْنِي) فيقول: بعتك، معطوف على المعاطاة؛ أي: ويكفي قول بعني من المشتري؛ فيقول البائع: بعتك بعد قوله بعني كالقبول؛ لأنه دال على الرضا.

وَفِيهَا: لَوْ وَقَفَهَا لِلْبَيْعِ، فَقَالَ: بِكَمْ ؟ فَقَالَ: بِمِائَةٍ، فَقَالَ: أَخَذْتُهَا، فَقَالَ: لا أرضى، يَحْلِفُ مَا أَرَادَ الْبَيْعَ ....

ذكر هذه المسألة إثر الأولى لما بينهما من الارتباط، كما فعل ابن القاسم فيها. قال فيها: فإن قلت لرجل: بعني سلعتك بعشرة؛ فقال: قد فعلت لا أرضى. فقال: قال مالك فيمن وقف سلعة للسوم، فقال: بكم هي؟ فقال: بعشرة، فقلت قد رضيت، فقال: لا أرضى أنه يحلف ما أراد البيع، وإن لم يحلف لزمه. قال ابن القاسم: فكذلك مسألتك. وذكر صاحب البيان في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: نفي اللزوم للمدونة إذا حلف. **الثاني** لمالك في العتبية: اللزوم. **الثالث** للأبهري: أنه إن كان ذلك قيمة السلعة وكانت تباع بمثله، لزم البيع وإلا حلف ما أراد البيع ولم يلزمه. قال: وهذا الاختلاف إنما هو في السلعة الموقوفة للبيع، وأما إن لقي رجلٌ رجلاً في غير السوق، فقال له: بكم عبدك هذا، أو ثوبك هذا لشيء لم يقفه؟ فقال: بكذا. فقال:

أخذته به، فقال: لا أرضى إنما كنت لاعباً وشبه ذلك، فإنه يحلف على ذلك ولا يلزمه البيع باتفاق؛ إلا أن يتبين صدق قوله فلا يمين عليه باتفاق. وقد ذهب بعض الناس إلى أن الخلاف في ذلك إن لم تكن السلعة موقوفة للبيع.

خليل: وعلى هذا فيتحصل في المسألة أربعة أقوال: الثلاثة الأقوال المتقدمة، والرابع: الفرق بين أن تكون موقوفة للبيع أو لا.

قال في البيان: ومثل هذا المثال في الخلاف لو قال السائم: أنا آخذه بكذا، فقال البائع: قد بعتك، فقال السائم: لا آخذه بذلك.

ابن أبي زمنين: إذا قال البائع: قد بعتك بكذا أو أعطيتك بكذا، فرضي المشتري وأبى البائع، وقال: لم أرد البيع، لم ينفعه ولزمه [٤٣١/ أ] البيع. وكذلك إذا قال المشتري: قد ابتعت منك بكذا فرضي البائع، لم يكن للمشتري أن يرجع. ولو قال البائع: أنا أعطيكها بكذا أو أبيعها بكذا فرضي المشتري، وقال البائع: لم أرد البيع فذلك له ويحلف. وكذلك لو قال المشتري: أنا أشتريها منك أو آخذها، فرضي البائع ورجع المشتري كان ذلك له ويحلف. قال: فافهم هذه الوجوه، فهي كلها مذهب ابن القاسم وطريقة فتياه.

وحاصله: التفرقة بين أن تكون الصيغة بلفظ الماضي فيلزم؛ أو بالمضارع فيحلف. وإتيان المصنف -رحمه الله- بمسألة المساومة بعد؛ يعني: يحتمل الاستدلال ويكون المصنف رأى التساوي بينهما كما رآه ابن القاسم. ويحتمل أن يكون ذكره تنبيها على ضعف قياس ابن القاسم كما أشار إليه بعضهم؛ لأن دلالة اللفظ في الأولى على الرضا أقوى منه في الثانية؛ لأنه طلب البيع بلفظ صريح في الطلب؛ وقد أمضى له البائع ذلك بقوله: قد فعلت، فكلامه الثاني لا أرضى يعد ندماً فلا يقبل منه. وأما الثانية: فيحتمل أنه أوقفها ليعلم ما تساوي ولا يبيعها، أو ليعلم ما تساوي ثم يبيعها لآخر طلبها منه.

وقول السائل: **(بِكَمْ)** هو يحتمل أن يريد: بكم اشتريتها أو بكم تبيعها، فإذا قال له السائل: قد رضيتها، فلابد من جواب البائع، لكن لما كان كلامه الأول محتملاً حلفه مالكٌ لرفع الاحتمال، ولعل مالكاً لو سئل عن الأولى ما قبل فيها من المشتري يمينا.

ولهذا الذي أشرنا إليه من أن اللزوم في بعني أقوى، ذكر صاحب البيان بعد أن ذكر الخلاف المتقدم في قوله: بكم، أنه اختلف إذا قال المشتري: بعني بكذا، فلما أراد البائع أن يلزمه ذلك أبى؛ أو قال البائع: خذها بكذا، فلما أراد المشتري أن يأخذها أبى، فقيل: إن ذلك كالمساومة، يدخل في ذلك الاختلاف المذكور، وهو الذي يأتي على ما في المدونة؛ لأنه ساوى بينهما. وقيل: إن قول المشتري بعني، بمنزلة قوله: اشتريت. وأشتريها بكذا، بمنزلة قوله: قد بعت، يلزم ذلك كل واحد منهما إذا أجابه صاحبه بالقبول؛ وإلا مضى في المجلس قبل التفرق، وهو قول ابن القاسم، وعيسى بن دينار في كتاب ابن مزين. فإن قيل: فما الفرق على المشهور في هذه المسألة بينها وبين النكاح فإنه لازم، قيل: قد تقدم الفرق في بابه. والله أعلم.

ابن راشد: فرع: إذا تراخى القبول عن الإيجاب، فهل يفسد البيع أم لا؟ أشار ابن العربي في قبسه إلى الخلاف في ذلك، ثم قال: والمختار جواز تأخيره ما تأخر. وفي شرح الجلاب المنسوب بإفريقية للشارمساحي ما يدل على اعتبار القرب، قال فيه: وإذا نادى السمسار على السلعة فأعطى فيها تاجر ثمناً لم يرض به البائع، ثم لم يزده أحد على ذلك، فإنها تلزمه بذلك الثمن إلا أن تطول غيبته.

وفي المقدمات: الذي يأتي على المذهب أن من أوجب البيع لصاحبه من المتبايعين إن أجابه صاحبه بالقبول في المجلس، لم يكن له أن يرجع. ومقتضى ذلك: أنه إن لم يجب في المجلس أنه لا يلزمه. **والظاهر** ما قاله ابن العربي، بدليل أن المحجور عليه إذا باع من ماله أن لوليه الإجازة، وإن طال الأمر ولم يحصل غير الإيجاب من المحجور مع قبول المبتاع؛

وإيجاب المحجور كالعدم. وكذلك بيع الفضولي؛ يقف القبول على ربه على المشهور؛ وإن طال. ويمكن أن يقال: حصل الإيجاب والقبول، ونظر الوصي والمالك أمر جرت إليه الأحكام. انتهى كلام ابن راشد.

الثَّانِي: الْعَاقِدُ، وشَرْطُهُ: التَّمْيِيزُ. وقِيلَ: إِلا السَّكْرَانَ

أي: **الركن الثاني**: العاقد، ويعني به: البائع والمشتري. وشرطه التمييز؛ أي: شرط صحة بيع العاقد وشرائه أن يكون مميزاً، فلا ينعقد بيع غير المميز ولا شراؤه لصغر، أو جنون، أو إغماء، أو سكر. ولا إشكال في الصبي، والمجنون، والمغمى عليه. وأما السكران، فهو مقتضى ما ذكره ابن شعبان وغيره، فإنه قال: ومن الغرر بيع السكران وابتياعه إذا كان سكره متيقناً، ويحلف بالله مع ذلك ما عقل حين فعل، ثم لا يجوز ذلك عليه. وظاهره أنه لا ينعقد؛ لأنه جعله من الغرر، والذي ذكره صاحب البيان، وصاحب الإكمال: أن مذهب مالك وعامة أصحابه: أنه لا تلزمه عقوده، حتى تأول ابن رشد قول مالك في العتبية في نكاحه: لا أراه جائزا، على أن معناه: لا أراه لازماً لا أنه فاسد. وقال في موضع آخر: لا يقال في بيع السكران بيع فاسد، وأن مذهب مالك: أنه غير منعقد؛ وإنما يقال: أنه غير لازم. وإنما لم يصح بيع السكران أو لم يلزمه؛ لأنا لو فتحنا هذا الباب مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده وكثرة وقوع البيع، لأدى إلى أن لا يبقى له شيء، بخلاف طلاقه وقتله وغير ذلك مما يتعلق به الحق لغيره، فإنا لو لم نعتبره لتساكر الناس ليتلفوا أموال الناس وأرواحهم.

والشاذ لابن نافع: يلزم بيعه كطلاقه. قال في الجواهر: والجمهور على خلافه. وإليه أشار بقوله: (**وقِيلَ: إِلا السَّكْرَانَ**) أي: وقيل يشترط التمييز، إلا أن يكون العاقد سكراناً فلا يشترط فيه التمييز.

وجعل المصنف الخلاف في السكران الذي لا يميز، وكذلك ذكر ابن شعبان والقاضي عياض، وعليه فلا خلاف في لزوم البيع لغير الطافح، وطريقة ابن رشد بالعكس. وقد تقدم ذلك في الطلاق.[٤٣١/ ب]

وَالتَّكْلِيفُ شَرْطُ اللُّزُومِ

يعني: شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف؛ وأما لو صدر من صبي فلوليه إمضاؤه ورده، ولا يلزم كل مكلف؛ إذ قد يقوم به مانع كالسفه وغيره ممن حجر عليه، هذا هو الظاهر هنا.

وقال **ابن راشد**: عبر بالتكليف عن الرشد والطوع؛ لأن السفيه لا يلزمه بل لوليه أن يفسخه، وكذلك من أجبر على البيع لا يلزمه البيع؛ أعني: إذا أجبر جبراً حراماً.

ابن سحنون: وأجمع أصحابنا على أن بيع المكره غير لازم، واحترزنا بقولنا: جبراً حراماً عن المجبر جبراً شرعياً؛ كجبر القاضي المديان على البيع للغرماء، وجبر العمال على بيع أموالهم، فإنه جائز ويلزمه البيع، سواء كان السلطان يرد المال على من كان أخذه منه أو يأخذه لنفسه؛ كالمضغوط في دين لزمه؛ لأن إغرام الوالي العمال ما أخذوه من الناس حقٌّ فعله الوالي وعليه أن يرده إلى أهله؛ فإذا حبسه فهو ظالم في حبسه، نقله ابن حبيب عن مطرف، وابن عبد الحكم، وأصبغ.

خليل: وما ذكره من أن المكره غير مكلف صحيح؛ لأن أهل الأصول نصوا على أن الإكراه الملجئ يمنع التكليف. وأما السفيه فلقائل أن يقول: لا نسلم أنه ليس مكلفاً بالبيع، فإن قيل: لو كان مكلفاً به لزمه البيع، قيل: يحتمل. ولو قلنا: إنه مكلف بالبيع أن لا نقول بإمضائه للحجر عليه فتأمله.

ولا إشكال في عدم لزوم البيع لمن أجبر جبراً حراماً، فقد نص ابن القاسم على أن الذي يضغط في الخراج فيبيع متاعه، أنه يرد متاعه عليه بلا ثمن إذا كان بيعه إياه على عذاب؛ أو ما أشبه ذلك من الشدة، قال: لأن أخذ الثمن على ذلك ليس بأخذ.

ابن راشد: وسئل اللخمي عن شاب مراهق أو بالغ نسب إليه أنه جنى جناية فسجنه السلطان وهو يتيم كفله بعض أقاربه، فكفله السلطان أن يغرم مالاً ويخرجه من السجن، فلم يقدر اليتيم على الخلاص من هذا المال بوجه، فباع شيئا من رباعه بعد خروجه من السجن ليؤدي من ثمنه ذلك المال، وكان هذا الفعل على وجه النظر له؛ لأنه يبقى عليه لو لم يجب إلى غرم بعض ذلك المال أن ينفيه من البلد، أو يأخذ بعض رباعه فيه، أو يأخذها كلها، أو لا يخرجه من البلد وإنما يسجنه بالضرب والعذاب. فقال: إذا كان الأمر على ما وصفت فبيع ماض، ويغلب على ظني أني رأيت للسيوري نحو ذلك، وقال: المشتري من المضغوط مأجور؛ لأنه يخلصه من العذاب.

ابن رشد: والمذهب على خلاف ذلك، فقد تقدم قول ابن القاسم في ذلك.

وقال مطرف: سمعت مالكا يقول: في أهل الذمة يضغطون فيما يعتدى عليهم في جزيتهم حتى يلجئوا إلى بيع متاعهم في ذلك لا يجوز عليهم؛ وهم أولى بما باعوه أن يأخذوه بلا ثمن ويتبع المشتري بالثمن ذلك الظالم.

مطرف: وكذلك في بيع المسلم المضغوط؛ لأنه أعظم حرمة ولأنه بيع إكراه؛ والمكره لا يلزمه بيع ما أكره عليه.

ابن حبيب: وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ؛ وقالا: هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك.

مطرف: وسواء دفع المبتاع الثمن للمضغوط ودفعه المضغوط إلى الظالم الذي يضغطه وقبضه الظالم من المبتاع، فللبائع أخذ متاعه إذا ظفر به بيد مبتاعه منه؛ أو بيد من ابتاعه منه، ويرجع به على من ابتاعه منه ويرجع هو على الظالم. قال: ولو قبضه منه وكيل الظالم فللمبتاع أن يرجع على الوكيل إن شاء، أو على الظالم إذا ثبت أنه أدى المال إليه، أو ثبت أنه أوصى الوكيل بقبضه، وكلاهما ضامن ما خرج به، ولو وجد المضغوط متاعه قد فات،

فله الرجوع بقيمته أو بثمنه الذي بيع به إن كان الثمن أكثر، إن شاء على الوكيل، وإن شاء على الموكل. وقال ابن عبد الحكم، وأصبغ مثل ذلك.

مطرف: ولا قول للوكيل إن قال: كنت مكرهاً على القبض وخفت منه على نفسي إن لم أفعل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق**».

ولو باع متاعه في مظلمة ثم لا يدري هل وصل ذلك الثمن إلى الظالم أم لا ؟ نظر، فإن كان ظلمه له وعداه عليه وقهره له معلوماً حين باع متاعه، فيحمل على أن الثمن وصل للظالم حتى يتحقق أن المضغوط صرفه في مصالحه، فلا يصل حينئذ إلى أخذ متاعه إلا بدفع الثمن، وسواء علم المبتاع بأن ما اشتراه للمضغوط أو لم يعلم.

قيل لمطرف: إنهم يخرجون عندنا بغير كبل فيطوفون لبيع متاعهم، فإذا أمسوا ردوا إلى السجن، وقد وكل بهم حراس أو أخذ عليهم حميل والمشتري لا يعلم ذلك أو يعلم، ومنهم من هو في كبل أو عذاب، ومنهم هارب قد أخذ متاعه فباع أو قد أمر بعض أهله ببيعه. قال: كل ذلك سواء وهو إكراه؛ لأنه أسير مغلوب فلا يبالي بعلم المبتاع أو جهله إلا أن من علم مأثوم، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ، قالوا: وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزاد عليه أو لم تكن.

مطرف: ومن كان عالما بحال المضغوط فاشترى شيئا من متاعه فهو ضامن كالغاصب، وأما من لم يعلم فيشتري في السوق فلا يضمن الدور والحيوان ويضمن ما انتفع به بأكل أو لبس والغلة له، وأما العالم فلا غلة فيه وهو لها ضامن.

قال: وكل ما أحدث [٤٣٢/ أ] المبتاع فيه من عتق أو تدبير فلا يلزم المضغوط، وله أخذ رقيقه من المبتاع سواء علم بحاله أو لم يعلم، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ. ولو أعطى المضغوط حميلاً فتغيب فأخذ المال من الحميل لم يرجع الحميل عليه بشيء، ولو

أخذ ما أضغط به من رجل سلفاً، فقال أصبغ: يرجع عليه بما أسلفه؛ لأن السلف معروف. قال فضل بن سلمة: وعلى أصلها فيرجع الحميل؛ لأن الحمالة معروف. ولو باع ولد والمضغوط أو زوجته متاع نفسه برسم فدائه فالبيع لازم؛ لأن هؤلاء الناس لم يضغطوا، ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا، قاله مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ.

حكى جميع ذلك ابن أبي زيد في نوادره ما عدا ما ذكرناه عن اللخمي والسيوري. انتهى كلام ابن راشد.

وَالإِسْلامُ: شَرْطُ الْمُصْحَفِ وَالْمُسْلِمِ، وَفِيهَا: يَصِحُّ، وَيُجْبَرُ عَلَى بَيْعِهِ

في هذا الكلام حذف مضافين؛ أي: شرط جواز شراء المصحف والمسلم؛ وهذا متفق عليه، فليس الذي في المدونة خلافاً. ويحتمل أن يكون التقدير: شرط صحة شراء المصحف والمسلم؛ ويدل عليه مقابلته له بما في المدونة. ويكون المصنف قدم الأول؛ إما لأنه قول سحنون وأكثر أصحاب مالك، وإما لأصحيته بحسب الدليل. قال الله تعالى: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ [النساء:١٤١] وهو في معنى النهي؛ والمذهب أن النهي يدل على الفساد.

والاحتمال الثاني أقرب إلى لفظه، ويرجح الأول: بأن الغالب أن المصنف لا يرجح غير ما في المدونة.

وصرح المازري: بمشهورية ما في المدونة؛ لأن الفساد يندفع ببيعه، والشاذ لمالك في الواضحة؛ قال: ويعاقبان، وينبغي أيضاً على مذهب المدونة أن يعاقب.

اللخمي: وأصل سحنون في كل بيع حرام أن البيع غير منعقد، وهو بعد القبض على ملك البائع.

ووقع لمالك في مختصر ما ليس في المختصر مثل ما تقدم له في الواضحة؛ أنه يفسخ ولو باعه لمسلم وتداولته الأيدي ويترادون الأثمان، فإن هلك عند النصراني ولم يبعه كانت عليه القيمة.

اللخمي: ومحمل قوله في رد البياعات أن ذلك عقوبة لئلا يعود لمثل ذلك، ولو كان البيع عنده لا ينعقد كما قال سحنون لم يضمن قيمته.

ورده **ابن عبد السلام** بأنه لا مانع من عدم انعقاده مع تعلق الضمان بمشتريه إذا قبضه؛ لأنه قبضه لحق نفسه قبضاً غير شرعي.

وقيد ابن رشد الخلاف بأن يكون البائع عالماً بأن المشتري نصراني، قال: ولو باعه من نصراني وهو يظنه مسلماً لبيع عليه ولم ينفسخ اتفاقاً.

وعورض مذهب المدونة هنا بما في كتاب المديان فيمن له دين على رجل فباعه من عدوه المديان أنه يفسخ، ولم يقل: يباع على مشتريه. والجامع انتقال الملك إلى العدو في المحلين. وأجيب: بأن الدين يتعذر بيعه غالبا بخلاف المسلم والمصحف، ويلحق بالمسلم والمصحف بيع آلة الحرب للحربي؛ وبيع الدار لمن يتخذها كنيسة، والخشبة لمن يجعلها صليباً، ونحو ذلك. والإسلام شرط مختص بالمشتري اتفاقاً دون البائع.

وَلَهُ الْعِتْقُ وَالصَّدَقَةُ وَالْهِبَةُ

وإذا قلنا بمذهب المدونة: أو أسلم العبد؛ فالغرض خروجه عن ملكه، فله أن يعتقه ويتصدق به ويهبه. وظاهره ولو كانت الهبة لمن يعتصر منه؛ كما لو وهبت النصرانية المسلم لولدها الصغير من زوج مسلم، وهو قول ابن الكاتب، وأبي بكر بن عبد الرحمن خلافا لابن شاس.

المازري: بناء على أن من ملك أن يملك، هل يعد مالكاً أم لا ؟ واختار ابن يونس الجواز، واحتج المانع بما في المدونة فيمن ملك أختين فوطئ إحداهما لا يحل له وطء الأخرى حتى يحرم الأولى؛ ولا تكفيه هبتها لولده الصغير؛ لقدرته على الاعتصار.

وأجاب ابن يونس: بأن مالك الأختين مسلم فجاز له الاعتصار، بخلاف النصرانية لا يجوز لها أن تعتصر العبد المسلم، كما لا يجوز لها أن تشتريه. قال: فإن وقع الاعتصار منها بيع عليها. ويجب على قول غير ابن القاسم أن ينقض اعتصارها.

فرع: لو وهب النصراني العبد المسلم للثواب فلم يثبه فله أخذه ليباع عليه، فإن وهب مسلم أو نصراني عبداً مسلماً لنصراني أو تصدق به عليه، جاز ذلك وبيع عليه والثمن له.

بِخِلافِ الرَّهْنِ وَيَأْتِي بِرَهْنٍ ثِقَةٍ، وَقِيلَ: بَلْ يُعَجَّلُ

أي: أن العبد المشتري على مذهب المدونة، وكذلك العبد إذا أسلم ليس للسيد الكافر رهنه لكونه باقياً على ملكه، وحذف المعطوف عليه؛ أي: فيباع العبد ويأتي برهن ثقة. وحذف الشرط؛ أي: إن أراد الكافر أخذ الثمن، وإلا فلو عجله في الدين لكان له ذلك، وهذا هو مذهب المدونة. وقيده بعض القرويين بما إذا انعقد البيع على رهن مطلق، وأما إن رهنه هذا العبد بعينه ليبيع عليه وحل حقه ولم يكن له أن يأتي فرهن آخر. **ابن يونس**: وعاب بعض أصحابنا هذا القول وهو جيد.

وقيل: بل يعجل الثمن للمرتهن، وإن أتى الراهن برهن ثقة. ونسبه اللخمي، وابن شاس، وابن راشد لسحنون. وحكى ابن يونس عن سحنون أن ثمن العبد يبقى تحت يد المرتهن ولا يعجل له ولا يلزمه قبول رهن آخر؛ لأنه قد تحول أسواقه عند الأجل.

[٤٣٢/ ب] وعورض قول ابن القاسم هنا: أنه لا يلزمه تعجيل الثمن، بقوله فيمن أعتق العبد الرهن أنه يعجل الثمن، وإنما يأتي على قول عبد الملك: إن له أن يأتي برهن آخر. وأجاب ابن محرز بأن المرتهن كان عالما بإسلام العبد فرهنه على ذلك فكان النصراني متعديا في رهنه لحق العبد دون حق المرتهن، فلذلك كان له أن يأتي برهن آخر، بخلاف الراهن يعتق الرهن فإنه تعدى على المرتهن.

خليل: ولو قيل: إذا ارتهنه منه مسلم وهو عالم بإسلام العبد بطل الرهن لكان له وجه؛ لأنه دخل على رهن لا يجوز.

وجعل اللخمي محل الخلاف إذا كان الإسلام قبل الرهن، وأما إن أسلم بعد الرهن لم يعجل ثمنه إذا أتى برهن مكانه.

وَفِي رَدِّهِ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ أَوِ الأَرْشِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ فَسْخٌ أَوِ ابْتِدَاءٌ ....

أي: وفي رد العبد المسلم على الكافر بسبب عيب كان في ملكه أو تعيين الأرش قولان. والمبنى الذي ذكره ظاهر، فإن قلنا أنه فسخ جاز رده، وهو قول ابن القاسم، والقول الآخر لأشهب وابن الماجشون، واختاره ابن حبيب.

وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِبَائِعٍ مُسْلِمٍ فَفِي منع إِمْضَائِهِ قَوْلانِ لابن القاسم وأشهب، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ ابْتِدَاءٌ أَوْ تَقْرِيرٌ ....

أي: لو باع مسلم عبداً كافراً لكافر على أن الخيار للبائع، ثم أسلم العبد في مدة الخيار فهل يمنع المسلم من إمضاء البيع أو لا؟ قولان؛ منشأهما هل بيع الخيار منحل فيمنع؛ لأنه كابتداء بيع، أو منبرم فيجوز؟ والظاهر: المنع؛ لأن المعروف من المذهب انحلاله، والظاهر المنع إن قلنا أنه منبرم، إذ لا فرق بين ما بيد المسلم ورفع تقريره، وبين ابتداء بيعه بجامع تملك الكافر للمسلم في الوجهين. وظاهره: أن القولين منصوصان، وإنما ذكرهما المازري تخريجاً على الخلاف في بيع الخيار.

وقوله: (**لِبَائِعٍ**) منون، و(**مُسْلِمٍ**) صفة له، ولا يجوز أن يقرأ بائع مسلم بالإضافة؛ لأنه يقتضي أن العبد مسلم ويبقى البائع أعم، وليس كذلك.

وتقييده الخيار بالبائع يقتضي أن الحكم بخلاف ذلك إذا كان الخيار للمشتري، كما لو باع النصراني عبداً للنصراني على أن الخيار للمشتري فأسلم العبد؛ فإن كان المشتري نصراني استعجل استعلام ما عنده من رد أو إمضاء ولم يمهل إلى تمام مدة الخيار؛ لئلا يدوم ملك الكافر للمسلم. وإن كان المشتري مسلما.

المازري: فظاهر المدونة أن المشتري يمهل إلى انقضاء أيام الخيار، لتعلق حقه بالتأخير وهو مسلم؛ ولا يبطله حق مسلم آخر، وهو العبد الذي أسلم. انتهى. أي: فإن رده بيع على ربه.

وفي ابن يونس عن بعض أصحابنا: إن كان المتبايعان كافرين والخيار إلى أجل تعجل، إذ لابد من بيعه فلا فائدة في تركه إلى الأجل، وإن كان أحدهما مسلماً لم يعجل الخيار، إذ قد يصير للمسلم منهما.

فرع: إذا أسلم العبد وسيده غائب وهو كافر، فإن كان بعيد الغيبة باعه السلطان، وإن كان قريب الغيبة كتب إليه؛ لئلا يكون قد أسلم قبله، قاله في المدونة.

فرع: قال المازري: وإذا أسلم عبد النصراني وجب بيعه عليه من مسلم ولا يؤخر إلا بحسب الإمكان. وهل يجوز له أن يبيعه على الخيار له؟ فيه نظر؛ لأن المبيع على الخيار على ملك البائع وخراجه له، أو يقال: قد يحتاج إلى إثبات الخيار للاستقصاء في الثمن، والعدول عن ذلك تضييق على الذمي، ولا يدفع ضرر بإثبات ضرر.

وَفِيهَا: الصَّغِيرُ كَالْمُسْلِمِ، وَقِيلَ: لا

ظاهر هذا الكلام يقتضي أن الصغير الكافر لا يباع إلا من مسلم، وأنه إن بيع من كافر أجبر على بيعه، هذا هو حقيقة التشبيه والذي في المدونة.

قال ابن نافع عن مالك في المجوس: إذا مُلِكوا أجبروا على الإسلام، ويمنع النصارى من شرائهم ومن شراء صغار الكتابيين، ولا يمنعون من كبار الكتابيين، فلم يتعرض إلا للمنع ابتداء، وأما إذا وقع فهل يجبر على بيعه؟ لم يتعرض له؛ ولهذا قال في الجواهر: لما نقل عن المدونة منع البيع قال في العتبية: فإن بيع منه فسخ البيع. قال الإمام: ويتخرج فيه على القول الآخر أنه يباع. فجعل فسخ البيع وصحته والجبر على البيع مفرعاً على ما في المدونة.

قال في تهذيب الطالب: قال مالك: وإذا بيع من النصارى من يجبر على الإسلام بيع عليهم ما اشتروا، إلا أن يتدينوا بدينهم فيتركون، عبد الحق: يعني مثل المجوس.

وتأول صاحب التنبيهات ما في المدونة من بيع الصغار الذين لا آباء لهم؛ لأنهم إذا لم يكن لهم آباء فهم على دين من اشتراهم، فإذا اشتراهم مسلم لم ينبغ له أن يبيعهم من كافر، سواء وافق الصغير المشترى في الدين أو خالفه.

قال: وعلى هذا تأول المسألة بعض مشايخنا، وتأولها بعضهم على الصغار الذين ليسوا على دين مشتريهم، كصغار اليهود مع النصارى أو العكس؛ للعداوة التي بينهم، قال: وهو بعيد لتفريقه بين الصغار والكبار.

وقوله: (**وَقِيلَ: لا**). هو قول ابن المواز، قال: لأنا لسنا على يقين من قبوله الإسلام.

وقوله في المدونة: ولا يمنعون من كبارهم، قال في الجواهر: بشرط أن يسكن به في أرض الإسلام، وأما إن كان يخرج به منع؛ لما يخشى [٤٣٣/ أ] من إطلاعه أهل الكفر على عورة المسلمين.

وَفِي الْيَهُودِيِّ مَعَ النَّصْرَانِيِّ قَوْلانِ

أي: وفي حكم اليهودي مع النصراني يباع أحدهما من الآخر قولان:

أحدهما: أن ذلك جائز؛ لأن المالك يشفق على ملكه وليس فيه حق لله تعالى، وإن أداه أمكن تدارك حقه بالمنع أو البيع.

والثاني: عدم الجواز لما بينهما من العداوة. والأول حكاه سحنون عن بعض أصحاب مالك، وهو ظاهر قول مالك من رواية ابن نافع عنه في المدونة، وقد تقدمت. ونسبه اللخمي، والمازري، وابن شاس لابن المواز. والثاني لابن وهب، وسحنون.

اللخمي: وهو أحسن؛ للعداوة التي بينهم.

وَفِي الْكِتَابِيِّ يَشْتَرِي غَيْرَهُ، ثَالِثُهَا: يُمْنَعُ فِي الصَّغِيرِ، وَخرجت عَلَى إِجْبَارِهِمْ

يعني: أنه اختلف في جواز بيع المجوسي وغيره ممن لا كتاب لهم من كتابي على ثلاثة أقوال، وهكذا حكى المازري الثلاثة؛ **الجواز مطلقاً**: قال: وهو ظاهر المدونة، قال: وفيها ما علمته حراماً وغيره أحسن. قال: وأطلق الجواب في الصغير والكبير. **والمنع مطلقاً**: وعزاه لابن عبد الحكم. **والثالث**: الفرق، الجواز في الكبار والمنع في الصغار، وعزاه للعتبية. وقيد صاحب البيان هذا الخلاف بالمجوسي المسبي الذي لا بصيرة له في دينه، وأما الذي ثبت على دينه بين ظهراني المسلمين؛ فلا خلاف أنه لا يجبر على الإسلام.

وقوله: (**وَخرجت**) هذا التخريج للمازري، وهو تخريج توجيه؛ لأن الثلاثة منصوصة على ما تقدم؛ أي: فعلى القول بإجبارهم مطلقاً يمنع من بيعهم للكفار مطلقاً، وتصوره واضح.

وذكر صاحب البيان في باب الجنائز أنه لا خلاف في جبر الصغير من المجوس، وقد قدمنا كلامه في باب الجنائز، وهو يخالف ما ذكره المازري والمصنف من حكايتهما الخلاف مطلقاً، ويمكن أن يحمل كلام المازري على ما إذا كان مع الصغير أبوه، وكلام ابن رشد على ما إذا لم يكن فيتفق الكلامان. وفسر المازري واللخمي الإجبار هنا بالتهديد والضرب لا بالقتل. **المازري**: لأنه لم يتدين بدين الإسلام ثم ارتد عنه.

الثَّالِثُ: الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ طَاهِرٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ مَقْدُورٌ عَلَى تَسْلِيمِهِ مَعْلُومٌ

أي: **الركن الثالث**: المعقود عليه؛ وهو الثمن والمثمون، وشرط فيه أربعة شروط واحترز بكل شرط عما يقابله، فاحترز بالطاهر من النجس، ولا يريد العموم في كل نجس بل ما نجاسته ذاتية أو كالذاتية، وأما إن كانت نجاسته عرضية فلا خلاف في عدم اعتبارها. ثم أخذ -رحمه الله- يتكلم على الأول منها فالأول، فقال:

وَفِيهَا: مَنْعُ بَيْعِ الْعَذِرَةِ، وَرد ابْنُ الْقَاسِمِ مَنْعُ الزِّبْلِ مُخَرَّجاً

هذا ما يتعلق بقوله (**طَاهِرٌ**). وظاهر ما نسبة للمدونة التحريم كابن شاس. والذي فيها: وكره مالك بيع العذرة. قيل لابن القاسم: فما قول مالك في زبل الدواب؟ قال: لم أسمع منه فيه شيئا إلا أنه عنده نجس، وإنما كره العذرة لأنها نجسة فكذلك الزبل أيضا، ولا أرى أن ببيعه بأساً. قال أشهب في زبل الدواب: والمبتاع أعذر من البائع. فانظر كيف عبر بالكراهة في موضعين، نعم عبر أبو عمران وعياض عن مالك بـ (لا يجوز) وهو موافق للمصنف، ولعل الذي حملهم على ذلك التعليل بالنجاسة.

ونقل اللخمي عن أشهب في تمام كلامه الذي في المدونة: وأما العذرة فلا خير فيها. ونقل عنه أيضا أنه قال في الموازية: بيعها للاضطرار والعذر جائز والمشتري أعذرهما.

وقال محمد ابن عبد الحكم: وما عذر الله واحدا منهما وأمرهما في الإثم واحد، ويجوز أن يبيع العذرة، قاله ابن الماجشون. وأجرى اللخمي قولاً لابن القاسم بجواز بيع العذرة من إجازته بيع الزبل، وأنكر ذلك عليه ابن بشير وزعم أنه تخريج في الأصول من الفروع، وهو عكس القواعد. وما قاله اللخمي هو الظاهر؛ لأنه لا مانع لبيع كل منهما غير النجاسة، وإذا سلم اتحاد العلة وجب وجود الحكم معها حيث وجدت. وما فرق به أبو عمران من أن نجاسة الزبل مختلف فيها ونجاسة العذرة متفق عليها، مبني على مراعاة الخلاف والأصل عدمه، وهذا القدر لا يوجب تخطئة الأئمة على أن هذا الفرق لا ينهض عند ابن القاسم؛ لأنه لو نهض عنده لما ألزم مالكا منع بيع الزبل بالقياس على العذرة.

وَالزَّيْتُ النَّجِسُ يُمْنَعُ فِي الأَكْثَرِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لا يَطْهُرُ، وَفِي وَقُودِهِ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ وَعَمَلِهِ صَابُوناً قَوْلانِ ....

قول الأكثر مبني على عدم تطهيره، وصرح المازري بمشهوريته، ومقابله رواية وقعت لمالك وبها كان يفتي ابن اللباد. وفيه قول ثالث بجواز البيع لغير المسلم، وهو

ضعيف؛ لأن المسلم لا يبيع ما لا يحل له، وقد تقدم هذا الفرع في باب الطهارة. والمشهور: أنه يستصبح به في غير المساجد ويعمل صابوناً، لكن تطهر الثياب بعد ذلك بالمطلق، ودل كلامه على منعه في المسجد اتفاقاً.

وَعِظَامُ الْمَيْتَةِ، ثَالِثُهَا: يَجُوزُ فِي نَابِ الْفِيلِ

الخلاف مبني على الخلاف في الطهارة، والمشهور: أنه نجس فلا يباع. والثاني: لابن وهب؛ لأنه هو القائل بالطهارة. والثالث: نسبه في الجواهر لمطرف وابن الماجشون، ولا فرق عندهما بين أن يغلى أو لا.

اللخمي: وناب الفيل كالقرن يجري ما في القرن فيه، قال: وهو قرن منعكس وليست بأنياب ولا في الفم، وأجرى الخلاف الذي في أطراف القرون في الظفر إذا [٤٣٣/ ب] قطع من موضع لا يألم. وللأبهري قول رابع: بالكراهة. ولابن وهب خامس: بالجواز إذا غليت، والمنع إذا لم تغل.

فائدة: منع مالك في العتبية الخبز المخبوز بروث الحمير، ونصها: وسألته عن الطعام يوقد تحته بأرواث الحمير أيؤكل أم لا ؟ فقال لي: أما الخبز الذي ينضج فيه فلا يؤكل، وأما ما طبخ في القدور فأكله خفيف وهو يكره بدءاً، وقال سحنون مثله. وعلل ذلك في البيان بأن ما في القدور لا يصل إليه من عين النجاسة شيء من أجل الحائل الذي بينه وبينه وإنما يكره من أجل دخان الروث؛ لما في ذلك من الشبهة من أجل من يقول: إن الدخان نجس وإن لم يكن عندنا نجس.

ابن القاسم: ولا أرى أن يوقد بعظام الميتة في الحمامات، ولا أرى به بأساً أن يخلص بها الفضة. وقال في المدونة: لا يطبخ بعظام الميتة أو يسخن بها الماء لوضوء أو عجين، ولا بأس أن يوقد بها على طوب أو حجارة.

عياض: وظاهره جواز الانتفاع بعظام الميتة، بخلاف ما في الموازية أنه لا يحمل الميتة إلى كلابه. وقيل: لعله تكلم بعد الوقوع لا في الجواز ابتداءً. وقيل: لعله وجدها مجتمعة وأطلق النار فيها، فكانت كسوق الكلاب للميتة، وهو بعيد؛ لأن طبخ الجير لا يتصور إلا بترتيب وعمل، وظاهر المسألة استعمال الطوب والجير في كل شيء؛ لأنه وإن باشر النجاسة أو داخله من رطوبتها شيء فقد أذهبت النار عينها وأثرها. وكذلك ما طبخ من الفخار بها، بخلاف ما ينعكس فيه دخانه من الطعام، أو يلاقيه من رطوبة الشواء والخبز، وإن كان أبو جعفر الأبهري حكى عن مالك في الفخار يطبخ بالنجاسة: أنه لا يجوز استعماله وإن غسل، وهو قول القابسي وغيره. وقال ابن شبلون: لا تستعمل إلا بعد غسلها وتغلية الماء فيها كقدور المجوس وهو الصواب عندي، بل هي أخف؛ لأن الدهنية التي دخلت قدور المجوس باقية بخلافها هنا؛ لأن الدهنية قد أكلتها النار فلم يبق لها عين ولا أثر. انتهى بمعناه.

وقال شيخنا -رحمه الله-: ينبغي أن يرخص في الخبز بالزبل في زماننا بمصر؛ لعموم البلوى به، وأن يراعى فيه قول من رأى أن النار تطهر، وأن النجاسة إذا صارت رمادا طهرت، ولنا قول بطهارة زبل الخيل، وقول بكراهته منها ومن البغال والحمير، فيخف الأمر مع مراعاة هذا الخلاف، وإلا فيتعذر على الناس أمر معيشتهم غالباً، والحمد لله على خلاف العلماء فإنه رحمة للناس.

وَفِيهَا: مَنْعُ جُلُودِ الْمَيْتَةِ وَإِنْ دُبِغَ، وَقِيلَ: يَجُوزُ. وَفِيهَا: جَوَازُ جِلْدِ السَّبُعِ الْمُذَكَّى وَإِنْ لَمْ يُدْبَغْ، وَقِيلَ: لا يَجُوزُ ....

القولان في جلد الميتة مبنيان على الطهارة وعدمها بالدباغ، ومقابل المشهور لابن وهب: جواز البيع بعد الدبغ بشرط البيان، وهو قول مالك في المختصر.

ومقابل المشهور في جلد السبع لأشهب: مقيد بعدم الدبغ، وأما إذا دبغ فيجوز. كذا نقله ابن عبد البر عنه. وفرق ابن حبيب بين العادية فيمنع، وغير العادية كالهر والثعلب فيجوز بيعها والصلاة عليها، بناء على أن الذكاة تتبعض.

وَفِي كَلْبِ الصَّيْدِ وَالسِّبَاعِ قَوْلانِ

هذا راجع إلى القيد الثاني، وهو قوله: منتفع به، وكذا قال ابن راشد؛ أي: وفي منع بيع الكلب أو جوازه، والمشهور: المنع. قال في البيان: وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون.

سحنون: أبيعه وأحج بثمنه وشهره بعضهم. وعن مالك ثالث: بالكراهة. وعن ابن القاسم: أفتى بجواز اشترائه ومنع بيعه، حكاه ابن زرقون، وحكى عنه ابن رشد وغيره كراهة بيعه. ولمالك في المدونة: يجوز بيعه في الميراث والدين والمغانم، ويكره بيعه للرجل ابتداء. وهذا الخلاف إنما هو في مباح الاتخاذ، وأما غيره فلا خلاف في عدم جواز بيعه وأن ثمنه لا يحل، نقل ذلك في البيان. وعلى المشهور: فروى أشهب: يفسخ إلا أن يطول، وحكى ابن عبد الحكم: يفسخ وإن طال.

وقوله: (**وَالسِّبَاعِ**) قال بعض من تكلم على هذا الموضع: أي وفي الكلب الذي يحرس الماشية من السباع وفي معناه كلب الزرع، فإن اتخاذ الكلب لذلك جائز. واختلف في بيعه كما ذكره المصنف، ونقله الباجي وغيره.

وذكر المازري خلافاً في الكلب الذي يتخذ لحراسة الدور والقياصير والفنادق، وللمنع ذهب ابن القصار، وأجاز فيه شيخنا -رحمه الله- وجهاً آخر، وهو أن يريد بالسباع السباع التي في معنى الكلب كالفهد ونحوه، وهو الذي اقتصر عليه ابن راشد، فقال: يعني السباع كالفهود ونحوها، بناء على وجود المنفعة فيها، أو كونها منفعة يسيرة فلا تقابل بالعوض.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْهِرِّ وَالسِّبَاعِ لِتَذْكِيَتِهَا لِجُلُودِهَا، فَإِذَا ذُكِّيَتْ بِيعَتْ جُلُودُهَا وَصُلِّي فِيهَا وَعَلَيْهَا بِخِلافِ الْكَلْبِ مُطْلَقاً ....

هذا معنى ما في المدونة في كتاب الضحايا، وعلى القول: أن جلود السباع لا تعمل فيها الذكاة لا يجوز البيع هنا، واستشكل الجواز لوجهين.

أحدهما: لا يدرى أيسلم الجلد أم لا؟ وأجيب بأنه يحتاط له من اللحم.

والثاني: لا يدرى أرقيق أم غليظ؟ وأجيب بأنه مما يعلم بالعادة لاسيما القصابون.

ويؤخذ من هذه المسألة جواز بيع الجلد وهو على [٤٣٤/ أ] ظهر الحيوان؛ لأنه لما كان السبع لا يؤكل لحمه على المشهور، فإذا بيع لجلده فكأن البائع لم يبع إلا جلده فقط.

وحصل في البيان في بيع الجلد قبل الذبح ستة أقوال:

الأول: الجواز. **والثاني**: الكراهة ويمضي بالثمن. **والثالث**: الكراهة ويفسخ، إلا أن يذبح البائع الشاة فيمضي بالثمن. **والرابع**: الكراهة ويفسخ، إلا أن يقبضه المبتاع فيمضي بالثمن. **والخامس**: يفسخ، إلا أن يقبض المشتري الجلد ويفوت عنده فيمضي بالثمن. **والسادس**: إن شراءه لا يجوز ويفسخ، فإن فات عند المشتري صح بالقيمة.

وقوله: (**بِخِلافِ الْكَلْبِ مُطْلَقاً**) **ابن راشد**: يعني أن الكلب غير المأذون في اتخاذه لا يجوز بيعه لمن يقيه حياً أو يذكيه لأخذ جلده؛ لوجود النهي عن بيعه وعن اتخاذه. **خليل**: ويدخل في قوله: (مطلقاً) المأذون في اتخاذه.

وَلا يُبَاعُ مَنْ فِي السِّيَاقِ

ابن عبد السلام: من هنا ابتدأ بالكلام على ما يتعلق بقوله: (**منتفع به**) وما تقدم أولى؛ لأن المنافع إذا كانت ممنوعة شرعاً فهي كالمعدومة حساً، وهو الذي في الجواهر؛ لأنه تكلم على مسألة الكلب وما بعدها لما تكلم على قوله: (**منتفع به**) ولأنه لو كان كما قال ابن

عبد السلام للزم أن يكون الكلام على الكلب داخلاً في مقابل قوله: (طاهر) وليس بجيد؛ لأن الكلب عندنا طاهر.

وما ذكره المصنف خاص بالرقيق وما لا يؤكل لحمه؛ لأنه من أكل المال بالباطل، وأما مأكول اللحم فيباع ليذكى؛ فيجوز بيعه لحصول المنفعة به، قاله ابن عبد السلام.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عليه وَالْحَامِلِ الْمُقَرَّبِ عَلَى الأَصَحِّ

إن كان الحيوان مما يؤكل لحمه فيجوز بيعه؛ لأن المنفعة به حاصلة في الحال، وإن كان مما لا يؤكل لحمه والمرض خفيف فيجوز أيضا، وإن كان مخوفا، أو الحامل مقربا من الولادة، فذكر المصنف أن الأصح الجواز وهو الأقرب، وأشار غيره إلى أن الأصح المنع؛ لأن الموت حينئذ كثير، بدليل منعه ما زاد على الثلث. ولعل الخلاف خلاف في حال.

وَلا يُبَاعُ الطَّيْرُ فِي الْهَوَاءِ، وَلا السَّمَكُ فِي الْمَاءِ، ولا الآبِقُ والشَّارِدُ، وَالإِبِلُ الْمُهْمَلَةُ لاسْتِصْعَابِهَا ....

هذا راجع إلى قوله: (مقدور على تسليمه) وتصوره ظاهر.

اللخمي: وبيع الآبق فاسد إن شرط أنه من المشتري، أو على أنه من البائع حتى يقبضه المشتري، أو على أن طلبه على المشتري، أو على البائع بشرط النقد، أو بغير النقد على أنه للمشتري بأي صفة وجد عليها، أو على أنه على صفة كذا ولا يدري متى يجده قريبا أو بعيداً وإن كان البيع بغير نقد، وعلى أن طلبه على البائع، فإن وجده على صفة كذا أو في وقت كذا أو ما يقارب ذلك جاز؛ لأنه لا يجوز فيما عقد على هذه الصفة.

وقد قال ابن القاسم فيمن قال: اعصر زيتونك فقد أخذت زيته كل رطل بدرهم وكان يختلف خروجه، لا خير فيه إلا أن يشترط إن خرج جيداً، أو أنه بالخيار ولا ينقد. وإن عرف مكانه وقبض عليه وسجن وعرفت حاله بعد وجوده ولا خصومة فيه وقرب

موضعه، جاز العقد والنقد، وإن بعد جاز العقد وحده، وإن لم تعلم صفته لم يجز عقده ولا غيره، إلا أن يقول: إن وجد على ما كنت أعرفه، أو على أنه إن كان الآن على صفة كذا فيجوز العقد، أو يكون بالخيار فيجوز وإن لم يذكر صفة.

وفي الاستذكار: تحصيل مذهب مالك في بيع الآبق أنه لا يجوز، إلا أن يدعي مشتريه معرفته فيشتريه ويتواضعان الثمن، فإن وجده على ما يعرفه قبضه، وإلا رد الثمن وضمانه من البائع، وإن كان الآبق عند المشتري فإن علم البائع حاله جاز البيع؛ لأنه قد يزيد وينقص.

مالك: وبيع العبد في إباقه فاسد وضمانه من بائعه ويفسخ وإن قبض.

وكلام ابن عبد البر مخالف لكلام اللخمي، إذ مقتضاه أنه لا يجوز بيعه إذا كان طلبه على البائع بشرط أن يجده على صفة كذا، أو على أنه بالخيار. وقد صرح المازري وابن بشير: بأن ما قاله اللخمي اختيار له، وما ذكره المصنف في الإبل المهملة نحوه في العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أنه لا يجوز بيع الصعاب من الإبل وما لا يؤخذ إلا بالإزهاق ولا يعرف ما فيها من العيوب.

ابن القاسم: ولا يجوز بيع المهاري والفلاء الصغار بالبراءة ولا يعلم بها عيب أم لا.

قال أصبغ في العتبية: إن بيع الفلاء ونحوها بالبراءة جائز. قال في البيان: وقول أصبغ هو الصحيح. **المازري**: اختلف في تعليل المنع؛ فمنهم من أشار إلى أنه لا يمكن قبض الإبل إلا بالإزهاق، ومنهم من أشار إلى كونها لا تعلم صفتها. ويمنع بيع طير الهواء وسمك الماء بشرط التعيين، وأما مطلق السمك والطير فيجوز.

وَالْمَغْصُوبُ إِلا مِنْ غَاصِبِهِ

هو معطوف على الطير. أي: ولا يباع المغصوب إلا من غاصبه؛ لأنه تحت يده. وجعل ابن رشد وغيره بيع المغصوب من غير غاصبه على ثلاثة أوجه؛ إن كان مقدوراً

عليه مقراً بالغصب فهو جائز باتفاق. وإن كان ممتنعاً من دفعه وهو ممن لا تأخذه الأحكام مقراً أو غيره لم يجز بيعه من غيره اتفاقاً. وإن كان منكراً وهو ممن تأخذه الأحكام وعليه بالغصب بينة فقولان، بناءً على القولين في اشتراء ما فيه خصومة.

ابن رشد: والمشهور منهما المنع؛ لأنه غرر، وأما بيعه من غاصبه فجعله ابن رشد على ثلاثة أوجه: **الأول**: أن يعلم أنه عازم على رده. **والثاني**: أن يعلم أنه غير عازم على رده وإن طلبه ربه. **والثالث**: أن يشكل أمره. فالأول يجوز باتفاق، والثاني عكسه، والثالث فيه قولان. قال: وإلى هذا ترجع الروايات. انتهى.

وبالفساد قال مطرف، ورواه عن مالك، [٤٣٤/ب] وبذلك حكم القاضي ابن بشير في جارية بقرطبة لم يتم السلطان شراءها حتى طحنت لصاحبها ستة أشهر بعد ردها إليه من الغاصب؛ لئلا يكون بيع المضغوط، والجواز هو ظاهر قول مالك في العتبية، ورواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الغصب.

ابن عبد السلام: وأكثر نصوصهم أنه لا يجوز البيع للغاصب، إلا بعد أن يقبضه ربه ويبقى بيده مدة طويلة حدها بعضهم بستة أشهر فأكثر، ورأى أن بائعه إذا باعه على غير ذلك فهو مضغوط، أي: يبيعه ببخس مكرها استخلاصا لبعض حقه، والذي في المدونة جواز ذلك.

خليل: وكذلك لا يجوز أيضا أن يبيعه من غير الغاصب إذا كان المشتري يقدر على خلاصه بجاهه؛ لأنه يأخذه ببخسٍ فيكون من أكل المال بالجاه.

تنبيه: قال في المدونة: ولو باعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها وعرفها كان نقضاً لبيع الغاصب. أي: إذا اشتراها شخص من الغاصب غير عالم، وظاهره جواز بيعها من غير الغاصب، وهو خلاف ما ذكره المصنف، إلا أن يتأول على أن ربها لم يبعها من غير الغاصب إلا بعد تمكنه من أخذها، ولهذا قال الشيخ أبو الحسن: إن الشيوخ يقولون إن معناها: إذا سلم من شراء ما فيه خصومة.

وَفِيهَا: لَوْ بَاعَهُ الْغَاصِبُ ثُمَّ وَرِثَهُ فَلَهُ نَقْضُهُ، بِخِلافِ مَا لَوِ اشْتَرَاهُ مِنْ رَبِّهِ لِتَسَبُّبِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْبَيْعُ تَامٌّ فِيهِمَا ....

أي: إذا باعها الغاصب ثم مات ربها وكان الغاصب وارثه، فله نقض ذلك البيع؛ لأنه لما باع باع ما لم يكن ملكاً له -وتصور كلامه واضح- كأنه نسب المسألة للمدونة لاستشكاله الفرق بين الإرث والبيع، إذ لا يبعد تخريج النقض في الشراء من الميراث؛ لأنه إما تام فيهما أو منتقض فيهما، والتسبب وعدمه وصف طردي لا كبير مناسبة له، والضمير في (**فِيهِمَا**) عائد على مسألة الوارث والمشتري.

ابن عبد السلام: انظر لو اشترى الغاصب السلعة من ربها بأقل مما باعها به للأجنبي، هل يكون له ما بين الثمنين أو لا ؟ وقد قال محمد فيمن تعدى على سلعة رجل فباعها بغير أمره، ثم اشتراها بأقل مما باعها به للأجنبي ليس له ربح؛ لأنه ربح ما لم يضمن. أو يفرق بينهما بأن الغاصب هنا كان ضامناً، ولم يكن المتعدي في مسألة محمد ضامناً.

وَالْمَرْهُونُ يَقِفُ عَلَى رِضَا الْمُرْتَهِنِ

أي: وبيع الراهن الشيء المرهون يصح ويقف لزومه على رضا المرتهن، يعني: بعد القبض والحوز، وسيأتي الكلام على هذه المسألة في باب الرهن.

وَمِلْكُ الْغَيْرِ عَلَى مَالِكِهِ، وقِيلَ: لا يَصِحُّ.

وقع لفظ الغير -كما ترى- بـ (أل) وكذلك وقع في كلام جماعة من الأئمة، وأنكر ذلك بعض أئمة العربية، وقال: إنها لا تستعمل إلا مضافة في اللفظ، والتقدير: وبيع ملك غيره بغير إذنه يصح ويقف لزومه على رضا مالكه، وهو مذهب أحمد بن حنبل، وتعرف هذه المسألة ببيع الفضولي. ودليلنا: ما خرجه الترمذي عن أبي لبيد لما رواه عن عروة البارقي قال: **دفع لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له**

شاتين، فبعت إحداهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ما كان من أمره، فقال له: «بارك الله لك في صفقة يمينك» فكان يخرج بعد ذلك إلى الكوفة فيربح الربح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً. عبد الحق: وأبو لبيد أثنى عليه أحمد ثناء حسنا، وخرجه البخاري عن شبيب. وظاهر كلامه: أن البيع يصح ولو علم المشتري أنه لغير البائع، وهو ظاهر المذهب. وقال أشهب: لا يصح إذا علم المشتري بالتعدي.

ابن عبد السلام: وبعضهم قيد الخلاف بما إذا لم يكن المشتري عالماً بأنها ملك الغير، وأما إن كان عالما لم يصح البيع. ومنهم من يرى أن لا فرق. ومنهم من يقول: إنما يلزم هذا البيع للمشتري إذا كان المالك حاضراً أو قريب المكان، وأما إن كان بعيد المكان فلا يلزمه البيع؛ لما يلحقه بسبب الصبر من الضرر.

وقوله: (**وَقِيلَ: لا يَصِحُّ**) أي: ولو أمضاه مالكه، وحكي عن مالك، وهو مذهب الشافعي. وإن قيل: لا يظهر لهذا الخلاف جدوى؛ لأن البيع على المشهور إنما يمضي برضا البائع، وحينئذ فلا نسلم استناد البيع إلى العقد الأول بل إلى رضا المالك، ولاسيما على المذهب في الاكتفاء بالمعاطاة، فجوابه: أنه لو رضي المالك ولم يرض المشتري للزم على المشهور، وهو واضح.

وَالْعَبْدُ الْجَانِي يَقِفُ عَلَى ذِي الْجِنَايَةِ فَيَأْخُذُ الثَّمَنَ أَوِ الْعَبْدَ، وَلِلسَّيِّدِ أَوَ الْمُبْتَاعِ دَفْعُ الأَرْشِ، وَفِي كَوْنِهِ عَيْباً فِي الْخَطَأ قَوْلانِ ...

يعني: أن من باع عبده الجاني؛ فإن إمضاء بيعه يقف على رضا ذي الجناية، أي: المجني عليه؛ لتعلق حقه بعين الجاني فجاز له أن يأخذه، إلا أن يفتكه السيد، وكذلك له أن يقتص منه إن كان في الجناية القصاص.

وقوله: (**فَيَأْخُذُ الثَّمَنَ**) أي: يأخذ المجني عليه إن شاء الثمن الذي باعه به سيده، وإن شاء فسخ البيع وأخذ العبد، وهذا إذا لم يدفع السيد ولا المبتاع أرش الجناية. وحذف المصنف هذا الشرط؛ للدلالة عليه بقوله: (**وَلِلسَّيِّدِ أَوَ الْمُبْتَاعِ دَفْعُ الأَرْشِ**) فإن امتنع السيد من دفع الأرش وادعى عليه المجني عليه أنه إنما باع لأنه رضي بحمل الجناية؛ حلف ما أراد حملها، فإن حلف خير المجني عليه بين إجازة البيع وأخذ الثمن، وبين رد البيع، قاله في المدونة. وحيث دفع المبتاع [٤٣٥/ أ] الأرش، فإنه يرجع به على البائع؛ إلا أن يكون الثمن أقل منه فلا يرجع إلا به.

وقوله: (**وَفِي كَوْنِهِ عَيْباً**) أي: إذا دفع السيد الأرش أو عفا المجني عليه، فهل يكون للمشتري مقال في رده بعيب الجناية؟ إن كان عمدا فله القيام اتفاقاً، وإن كان خطأً فقولان، سببهما: هل ذلك عذر أم لا؟ إذ لا تؤمن منه العودة، وهما في المدونة، ففيها: ولو افتكه البائع فللمبتاع رده بهذا العيب، إلا أن يكون البائع بينه له فيلزمه البيع. قال غيره: هذا في العمد، وأما في الخطأ فلا وهو كعيب ذهب.

وحكاية المصنف القولين يدل على أن قول غيره ليس تقييداً لقول ابن القاسم، وجعله في النكت تقييداً، قال في قول ابن القاسم: يريد به العمد كما قال غيره، فعلى هذا لا يختلف في الخطأ أنه ليس بعيب، ولا في العمد أنه عيب.

وَفِيهَا: قَالَ ابْنُ دِينَارٍ: مَنْ حَلَفَ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ نُقِضَ الْبَيْعُ وَعُتِقَ

أجمل في هذه المسألة إذ لم يبين هل كانت يمينه على بر أو حنث، وابن دينار إنما قاله في الحنث، ولو كان على بر لم ينقض البيع.

وصورة المسألة: إذا حلف ليضربن أمته مثلاً ضرباً يجوز له. قال في المدونة: منع من البيع والوطء حتى يفعل، فإن باعها نقض البيع. والمشهور: يرد إلى ملكه، فإن مات قبل

الضرب عتقت عليه في ثلثه. والشاذ لابن دينار: أنه ينقض البيع وتعتق عليه، قال: ولا أنقض صفقة مسلم إلا إلى عتق ناجز وضعف، فإنا ننقض البيع للكتابة والتدبير، وأدخل المصنف هذه المسألة هنا لما كان البائع لا قدرة له على تسليم العبد لأجل يمينه.

وَفِيهَا: بَيْعُ عَمُودٍ عَلَيْهِ بِنَاءٌ لِلْبَائِعِ، وَقَيَّدَهُ الْمَازِرِيُّ بِانْتِفَاءِ الإِضَاعَةِ وَبِأَمْنِ الْكَسْرِ

نسب هذه المسألة للمدونة لإشكالها؛ لكونه أطلق جواز البيع.

وقوله: (**بَيْعُ عَمُودٍ**) أي: جواز بيع عمود عليه للبائع بناء. وتقييد المازري لابد منه، وقد سبقه اللخمي للتقيد بالقيدين المذكورين.

وقوله: (**بِانْتِفَاءِ الإِضَاعَةِ**) أي: إضاعة المال، فإن إضاعته لا تجوز، كما إذا كان لا يقدر على إخراجه إلا بهدم الغرفة التي فوقه؛ لأن ذلك من الفساد.

اللخمي: إلا أن يكون قد أضعف له في الثمن، أو تكون الغرفة تحتاج إلى النقض، أو كان عليه بناء يسير، ولم يذكر المصنف من عليه النقض، والمنصوص لمالك أنه على البائع. وذكر المازري عن بعض الأشياخ أنه استبعده، قال: ولا وجه لاستبعاده. وفي المدونة: ولا بأس بشراء نصل سيف دون حليته وينقض البائع حليته.

ابن يونس: ولو اشترى الحلية دون النصل لكان على المشتري، كاشتراء الصوف على ظهور الغنم جزافا، واشتراء التمر في رءوس النخل جزافا.

وجعل اللخمي نقض الحلية على البائع إذا باعها كما في بيعه النصل، قال: لأن على كل بائع أن يمكن من المبيع، واختلف في هذا الأصل، فقيل: فيمن باع صوفا على ظهور الغنم، أو تمراً في رءوس النخل على البائع، وقيل: على المشتري.

وأشار المازري أيضا إلى هذا إلا جراء، قال ولو باع شاة واستثنى جلدها، فظاهر المذهب أن الذبح على المشتري.

اللخمي: وأرى أن يكون الذبح عليهما؛ لأن التذكية منفعة لهما. ثم يختلف هل تكون الأجرة عليهما على السواء، أو على قدر ما لكل واحد منهما ويكون السلخ على صاحب الجلد لأنه على اللحم، فعلى من له الأعلى أن يزيله.

المازري: وعندي أنه يختلف في السلخ؛ فإن قلنا: أن المستثنى مشترى جرى على القولين في شراء صوف الغنم، وإن قلنا: أنه مبقى على ملك البائع فالسلخ على البائع.

وَفِيهَا: بَيْعُ هَوَاءٍ فَوْقَ هَوَاءٍ وَيَبْنِي الْبَائِعُ الأَسْفَلَ وَقَيَّدَهُ بِوَصْفِ الْبِنَاءِ

صورتها: أن يقول له بعني عشرة أذرع فوق سطحك. فيقول: وأنا محتاج أيضا إليها. فيقول له: فبعها لي فوق ما تبنيه. فيشترط في جواز ذلك وصف البناء الأسفل والأعلى، وهل بآجر أو حجر إلى غير ذلك. وظاهره: أن التقييد في هذه المسألة للمازري، وبه صرح ابن شاس. وهذا التقييد مذكور في المدونة في كتاب الغرر فلا حاجة إلى المازري، على أنه يمكن أن يعود الضمير في كلام المصنف على مالك كما مشاه **ابن عبد السلام**.

فائدة:

قال علماؤنا: من ملك أرضاً أو بناءً ملك هواها إلى أعلى ما يمكن، واختلفوا هل يملك باطنها أو لا ؟ على قولين. ورجح بعضهم الملك؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من غصب قيد شبر طوقه الله من سبع أرضين**». وفيه نظر. وقال القرافي: ظاهر المذهب عدم الملك.

فرع:

وفرش السقف بالألواح على من شرط عليه، وإن سكت عنه؛ فقيل: على المبتاع لأنها أرضه، وقيل: على البائع لأن السقف سقفه.

ابن القاسم: الموثق وهو الأصح، قال: ولا يجوز للمبتاع بيع ما على سقفه إلا بإذن البائع؛ لأن الثقل على حائطه.

وَفِيهَا: غَرْزُ جِذْعٍ فِي حَائِطٍ، فَقَالَ: إِنْ ذَكَرَ مُدَّةً فَإِجَارَةٌ تَنْفَسِخُ بِانْهِدَامِهِ، وَإِلا فَمَضْمُونٌ ....

يعني: يجوز لك أن تشتري من غيرك قدر ما تضع عليه خشبة أو أكثر من جداره، فإن ذكرت مدة فهو إجارة تنفسخ بانهدام الجدار؛ لأنه قد هلك ما يستوفى منه المنفعة. وإن لم تتعين المدة فهو مضمون، فعليه أن يعيده لتستوفي منفعتك، كما على صاحب [٤٣٥/ ب] السفل لصاحب العلو. وفاعل (قال) عائد على المازري؛ لأنه هو الذي قيد الكلام الذي نقله المصنف عن المدونة، فلا يرد ما قاله **ابن عبد السلام**: إنه كلام حسن في إجرائه على المذهب، وأما نسبته إلى المدونة فليس بصحيح؛ لأنه فهم أن فاعل (قال) عائد على مالك.

وَالْجَهْلُ بِالثَّمَنِ وَالْمَثْمُونِ جُمْلَةً وَتَفْصِيلاً مُبْطِلٌ، كَزِنَةِ حَجَرٍ مَجْهُولٍ، وَكَتُرَابِ الصَّوَّاغِينَ ....

هذا راجع إلى قوله: (معلوم). وقوله: (**وَالْجَهْلُ بِالثَّمَنِ**) يحتمل أن يريد بقدر الثمن، ويحتمل بشأنه؛ ليندرج قدره وصفته وعينه. ومراده بـ(**الجملة**) مجموعه، وبـ(**التفصيل**) أجزاؤه. والصور المقدرة بحسب الجهل بالثمن والمثمون والعلم بهما أو بأحدهما أربع: مجهولان، ومعلومان، وأحدهما مجهول، والآخر معلوم. ولا يجوز منها إلا صورة واحدة وهي المعلومان.

وقوله: (**كَزِنَةِ حَجَرٍ مَجْهُولٍ**) يحتمل في الثمن، ويحتمل في المثمون، ولا إشكال في هذا الحضر حيث لا تعدم الموازين.

ابن عبد السلام: وأما في البوادي، فقد يتخرج الجواز فيه على البيع بمكيال لا يعرف المشتري قدره. فإن قيل: الفرق أن الجهالة في الكيل هناك في جانب المشتري فقط، وهنا في

جانب البائع والمشتري معاً. قيل: فلنا أن نفرض الجهالة هنا في جانب المشتري وحده.
(**وَكَتُرَابِ الصَّوَّاغِينَ**) لأنه لا يدري هل فيه شيء أم لا، كثير أم قليل.

فرعٌ مرتبٌ:

فإن وقع بيع التراب فسخ، وإن فات بذهاب عينه فقيمته يوم قبض على غرره إن كان على حاله، وإن خلصه المشتري رده على المشهور.

وقال ابن أبي زيد القيرواني: على المشتري قيمته على غرره، وعلى المشهور فله أجر تخليصه.

وأجرى الأشياخ ذلك على الخلاف فيمن اشترى أشجاراً بوجه شبهة فسقى وعالج ثم ردت إلى ربها، أو اشترى أبقاً فأنفق على رده نفقة ثم فسخ البيع ورد إلى ربه، هل يرجع بالنفقة في جميع ذلك أم لا ؟ وأصل ذلك: أن النفقة إن كان لها عين قائمة رجع بها بلا خلاف، وإن لم تكن لها عين قائمة، فقال ابن القاسم: يرجع. وقيل: لا.

وصرح ابن بشير بأن المشهور الرجوع بنفقة الآبق، حيث قلنا: إن المشتري يرجع بأجرة عمله فزادت الأجرة على قيمة الخارج، فهل يرجع بها، أو إنما يرجع بها ما لم تزد على أجرة الخارج؟ أجرى ذلك ابن محرز على القولين فيمن أنفق على الثمرة، هل يرجع بجميع النفقة، أو إنما يرجع بها ما لم تزد على قيمة الثمرة؟ واقتصر ابن يونس على أنه إنما يرجع بها بشرط ألا تزيد على الخارج. وعلى هذا فلا تكون له أجرة إذا لم يخرج شيئا، وعلى الأول تكون الأجرة في ذمة البائع.

بِخِلافِ مَعَادِنِ الْفِضَّةِ، وَفِي مَعَادِنِ الذَّهَبِ قَوْلانِ

أي: بخلاف تراب معادن الفضة فيجوز بيعه؛ لأنه يحزر ما فيه من الفضة لقلة ترابه، والمشهور في معادن الذهب قولان: الجواز نص عليه المازري. والشاذ لابن حمدون.

ومنشأ الخلاف فيه خلاف في حال، هل يمكن حزره كالفضة أو لا؟ وروى ابن القاسم عن مالك: جواز قسمة تراب المعادن، ومنع ذلك يحيى بن عمر.

وَكَرِطْلٍ مِنْ شَاةٍ قَبْلَ سَلْخِهَا عَلَى الأَشْهُرِ، بِخِلافِ بَيْعِهَا قَبْلَهُ

هذا معطوف على (**كَزِنَةِ حَجَرٍ**) وكلما عطف هنا بالكاف فهو ممنوع، إلا قوله: (وكذلك الدقيق) وكلما عطف بخلاف فهو جائز؛ يعني: أن بيع رطل لحم من شاة قبل سلخها لا يجوز على الأشهر؛ لأنه لا يدري على أي صفة يأخذه، وأما من أي موضع فلم يشترطوه في السَّلم.

وقوله: (**بِخِلافِ بَيْعِهَا قَبْلَهُ**) أي: فيجوز بيع جميعها قبل السلخ قياساً على بيع الحي الذي لا يراد إلا للذبح، ولأنه لما لم يقصد شيئاً معيناً خف الغرر في الجميع ولم يخف في الرطل. قال في البيان: والأصل في هذا أن كل ما يدخل بالعقد في ضمان المشتري فليس من بيع اللحم المغيب كالشاة المذبوحة، وما لا يدخل في العقد في ضمانه كالرطل فهو بيع اللحم المغيب.

قال شيخنا -رحمه الله-: وقد يعكس لكثرة الغرر في الجميع وخفته في الرطل. واعترض **ابن عبد السلام** كلام المصنف بوجهين؛ **أحدهما**: أن مقابل الأشهر قول أشهب بالكراهة لا الإباحة، كما هو ظاهر كلامه. **وثانيهما**: إن عنى بقبلية السلخ في الموضعين بعد الذبح فلا يصح؛ لأن أشهب نص على أن ذلك قبل الذبح. وإن عنى الأعم فيلزمه أن ينسب لابن القاسم جواز بيع لحم شاة وهي حية؛ لقوله بخلاف بيعها قبله، وهذا لا يوجد إلا في مسائل الاستثناء. وأجيب عنهما: بأن غير الأشهر حكاه ابن شعبان، فقال: واختلف في بيع اللحم والبهيمة قائمة على الحبس أو بعد ذبحها أو نحرها وقبل الكشف عنها فكرهه أشهب في المدونة، وإن حبسها وعرفها وشرع في الذبح جاز. زاد أشهب في الموازية: وإن كان بعد يوم أو يومين فسخ.

فظاهر ما حكاه ابن شعبان: الجواز من غير كراهة كما ذكر المصنف. وعن الثاني: بأن مراده بقبلية السلخ الأعم، أي: قبل الذبح وبعده، وقد ذكر ابن شعبان الخلاف مطلقا. ولا يلزم أن يحمل مقابل الأشهر على قول أشهب، ولو سلم حمله عليه فلا فرق بين ما نص عليه وهو قبل الذبح؛ وبين ما سكت عنه وهو بعده وقبل السلخ.

وأما ما ألزمه أن ينسب لابن القاسم فهو مذهبه في العتبية من رواية عيسى عنه، قال: وما لا ينتفع به إلا اللحم، مثل الداجن كدجاجة لا تبيض، لا بأس أن تباع بها لا يستحيى من الطير على التحري.

واعترض على المصنف بأن قوله: (**وَكَرِطْلٍ**) يقتضي أنه مثال للمجهول جملة وتفصيلا؛ لأنه عطف على ما قبله وليس كذلك بل هو معلوم الجملة، [٤٣٦/أ] وإنما الجهل حصل في صفة اللحم، قال: ويحتمل أن يكون إنما شبه في المنع خاصة.

وَبِخِلافِ بَيْعِ الْحِنْطَةِ فِي السُّنْبُلِ وَالتِّبْنِ، وَالزَّيْتِ فِي الزَّيْتُونِ عَلَى الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ

أي: فيجوز لمعرفة الصفة بفرك بعض السنبل وتذرية بعض التبن عنه.

الباجي: ولا خلاف في الجواز؛ أعني: إذا كان على الكيل، وهذا ظاهر إن اشترى من المجموع كيلاً معلوماً. وأما إن اشترى الجميع على الكيل، فيخرج على قول من منع بيع جميع الصبرة على أن كل قفيز بكذا هاهنا المنع، بل أولى لعدم رؤية الجميع هنا. أبو الحسن؛ أي: تأخر تمام دراسه وليس يعني تأخير المزروع. وقد اختصره ابن يونس: وإن كان مكثه في حصاده ودراسه وذروه إلى عشرة أيام أو خمسة عشر فهذا قريب.

وشرط في المدونة في جواز الزيت أن يكون خروجه لا يختلف، قال فيها: وإن اختلف لم يجز إلا أن يكون مخيراً فيه ولا ينقده، ويكون عصره قريبا إلى عشرة أيام ونحوها.

بعض الأندلسيين: وينبغي أن يشترط الخيار لهما معاً، وإلا لم يجز إذا كان يختلف. وذهب اللخمي إلى أنه لا يلزم، وهو ظاهر ما اختصر عليه المختصرون. قال: فإن هذا من الباب الذي حكاه سحنون في كتاب الغرر عن جل أصحاب مالك في البيع على أنه بالخيار إذا رأى وهي المسألة بعينها، وعلى ما ذكر البغداديون أنه غير جائز.

وقوله: (**عَلَى الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ**) أي: الكيل راجع إلى القمح، والوزن راجع إلى الزيت، ولا يصح جعلهما للقمح والزيت، فإنه نص في المدونة على منع بيع القمح بالوزن.

اللخمي: ويجوز فيه الوزن بمصر؛ لأن ذلك العادة عندهم في الدقيق يبيعونه وزنا، ويسلمون القمح للطحان بالوزن، وكذلك نص على جواز بيع الزيت بالكيل والوزن إذا كان العرف جارياً بذلك. وعلى هذا فلا يبعد أن يعود قول المصنف على الكيل والوزن إلى كل واحد من القمح والزيت.

وَكَذَلِكَ الدَّقِيقُ قَبْلَ الطَّحْنِ عَلَى الأَشْهَرِ

قال: (**وَكَذَلِكَ**) ولم يقل: وكالدقيق؛ لئلا يتوهم عطفه على (كزيت) فيكون الأشهر فيه المنع وليس كذلك، فإن الأشهر فيه الجواز. ثم له حالتان؛ تارة يقول: آخذ منك من دقيق هذا القمح صاعاً بكذا، فهو في ضمان البائع حتى يوفيه مطحونا. وتارة يقول: أشتري منك هذا الصاع على أن تطحنه، فإذا وفاه إياه حباً خرج من ضمانه، وهو بيع وإجارة.

والمصنف إنما أراد الأول، فوجه الأشهر أن الطحن متقارب، ورأى مقابله أنه مما يختلف ولا يدري كيف يخرج، هل هو فاخر أو لا؟

وَبِخِلافِ صَاعٍ، أَوْ كُلِّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ مِنْ صُبْرَةٍ مَعْلُومَةِ الصِّيعَانِ، أَوْ مَجْهُولَتِهَا فِيهِمَا ....

الضمير في فيهما عائد على الصورتين؛ أي: صورة صاع، وكل صاع. **أما مسألة**: صاع بكذا فلا إشكال فيها. **وأما مسألة**: كل صاع بكذا، فثلاثة أحوال؛ إن قال: أشتريها

كل صاع بكذا وهي معلومة الصيعان فلا إشكال أيضاً في جوازها. وإن كانت مجهولة الصيعان فالمذهب أيضاً الجواز، وحكى أبو عمران عن بعض أصحابنا الكراهة. ومنعها بعض الأئمة خارج المذهب.

وإن قال: أخذت منك منها كل صاع بكذا، فاختلف الشيوخ في ذلك -سواء كان عدد صيعان الصبرة معلوماً أو مجهولاً- فمنهم من منعه، ومنهم من أجازه. واختار **ابن عبد السلام** المنع، قال: لأن (من) هنا لا شك أنها للتبعيض وهو يقل ويكثر. ومال أيضا المازري إليه، بشرط أن يريد المتعاقدان بـ(من) التبعيض. وأما إن أرادا بيان الجنس؛ والقصد أن يقول: أبيعك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، فلا.

وقال **ابن راشد**: إذا قال أبيعك من هذه الصبرة حساب كل عشرة أقفزة بدينار ولم يبين ما باعه منها، فقال القاضي أبو محمد: ما علمنا فيها نصاً. وقال بعض المعاصرين: البيع فاسد، وهو قول الشافعي. القاضي: ويحتمل أن تكون (من) زائدة فيحمل على ذلك، وهو أولى من حمله على الفساد، ويحتمل أن يلزمه البيع في مقدار ما علق البيع عليه، وهو عشرة أقفزة على ما رواه عبد الملك فيمن قال: اكتريت منك هذه الدار حساب كل شهر بكذا، أن الإجارة تلزمه في شهر واحدٍ.

فَإِنْ جُهِلَ التَّفْصِيلُ، كَعَبْدَيْنِ لِرَجُلَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ، فَقَوْلانِ

لما ذكر المجهول جملة وتفصيلاً، والمجهول الجملة المعلوم التفصيل كالصبرة، أعقبه بالمجهول التفصيل المعلوم الجملة ومثله بالعبدين. وكلامه يصدق على ثلاثة صور؛ إذا كان لكل واحد منهما عبد. أو لأحدهما عبد لا شركة فيه والآخر مشترك. أو هما مشتركان بينهما على أجزاء متفاوتة. وأشهر قولي ابن القاسم المنع. قال في البيوع الفاسدة من المدونة: لأنه لا يدري بما باع، ثم قال: وأجازه أشهب وقد كان ابن القاسم يجيزه، فإن وقع على المشهور من قول ابن القاسم فسخ. وإن فات، ففي الموازية: يمضي بالثمن

مفضوضا على القيم. وفي غير الموازية: أنه يمضي بالقيمة كالبيع الفاسد. التونسي: وهو أشبه. فإن قلت: كلامه معترض لأنه يصدق على ما إذا كانا مشتركين بينهما [٤٣٦/ ب] على السواء، وهي جائزة اتفاقاً. فالجواب: لا نسلم دخولها؛ لأنه جعل العبدين مثالاً لمجهول التفصيل، وإذا حصلت الشركة على السوية فالثمن معلوم التفصيل.

وقوله: (**بِثَمَنٍ وَاحِدٍ**) ظاهره لو سمى لكل واحد ثمناً جاز، وكذا قال ابن لبابة، وأحسبهم يجيزون إن سميا لكل سلعة ثمناً؛ كالمرأتين في النكاح. وأشار غيره إلى أنهما إذا قوما أو دخلا على المساواة فلا يختلف في الجواز.

ابن عبد السلام: إن كان دخولهما على المساواة بعد التقويم فظاهر، وإن كان باتفاقهما فقط لا يفيد؛ لأن المذهب أن المتبايعين إذا سميا لكل سلعة ثمنا ثم طرأ عيب أو استحقاق لا يلتفت إلى تلك التسمية.

وأشار التونسي إلى أن هذا الخلاف إنما هو إذا علم المشتري بذلك، وأما إذا لم يعلم وظهر أنهما شريكان في السلعتين جميعاً فإنه لا يفسخ البيع؛ لأن الفساد من جهة أحد المتبايعين لا من جهتهما.

وقال المازري: إذا لم يعلم المشتري يجري ذلك على الخلاف في علم أحد المتبايعين بالفساد. ولو قال المصنف: كشيئين مكان عبدين لكان أصوب.

بِخِلافِ سِلْعَةٍ وَخَمْرٍ عَلَى الأَصَحِّ

أي: إذا اشتمل البيع على ما لا يجوز وما يجوز كما مثل به، فالأصح بطلان الجميع وهو مذهب المدونة؛ لأنه إذا بطل بعض الصفقة بطلت كلها. وأشعر كلام المصنف بأن الأصح البطلان لذكره الخمر، فإنه إنما يناسب الإبطال، ومقابل الأصح إبطال الحرام وإمضاء الحلال بما يقابله، ذكره ابن القصار تخريجاً.

المازري: وتعلق فيه بقول ابن القاسم فيمن اشترى شاتين فوجد إحداهما غير ذكية وهما متكافئتان، يلزمه البيع في الذكية، وهو صحيح إن كان مراد ابن القاسم أن العقد وقع والمتعاقدان عالمان بغير الذكية، وأما إن لم يعلما فهذا مما اضطرب فيه المذهب، هل يفسخ العقد أو يمضي الحلال ويفسخ الحرام، ويكون ما ظهر أنه حرام كالمستحق من الصفقة التي اعتقد أنها لبائعها ثم ظهر أن بعضها ليس له، وكمن تزوجت على عبد ثم ظهر أنه حر، وكمن باع خلاً ثم ظهر أنها خمر.

وخرج بعض المتأخرين الاختلاف من رواية ذكرها ابن عبد الرحمن بن زياد الأندلسي عن مالك أنه قال فيمن أسلم مائة دينار وقبض خمسين وتأخر خمسون: أنه يبطل السلم في مقدار ما تأخر. وهذا أيضا فيه نظر، فإن التأخير بغير شرط لا يفسد السلم على أحد القولين ولو تأخر جميع رأس المال، فيمكن أن يكون راعى هذا الاختلاف. انتهى.

وَعَلَى الصِّحَّةِ يُقَسَّطُ الثَّمَنُ فِيهِمَا

أي: إذا فرعنا على الصحة في هذا الفرع وفي الذي قبله، فيقسط الثمن في المسألة الأولى على السلعتين؛ ليأخذ كل بائع ما ينوب سلعته، وقسط الثمن في المسألة الثانية، فأخذ البائع منه ما قابل السلعة وبطل ما قابل الخمر.

فَإِنْ بَاعَ مِلْكَهُ وَمِلْكَ غَيْرِهِ فَرْدٌ وَكَانَ وَجهُ الصَّفْقَةِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ

يعني: لو باع سلعتين إحداهما له والأخرى لغيره، فهو في التي لغيره فضولي، فإن أمضى غيره البيع لزم ذلك المشتري ولا مقال له، وإن رد فكان المردود وجه الصفقة، فإن المشتري يخير في التمسك بالباقي بما يخصه من الثمن أو رده، وهذا قول ابن حبيب. والمشهور خلافه؛ أنه إذا رد وجه الصفقة الانتقاض في الجميع وليس له التمسك بالباقي.

وَيَجُوزُ بَيْعُ الشَّاةِ وَاسْتِثْنَاءُ أَرْبَعَةِ أَرْطَالٍ فَأَدْنَى، وَإِلَيْهِ رَجَعَ بَعْدَ مَنْعِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ، وَسَنَّهُ أَشْهَبُ، وَقَدْرُ الثُّلُثِ كَالصُّبْرَةِ وَالثَّمَرَةِ بِاتِّفَاقٍ ....

هذا يشبه المعلوم جملة والمجهول تفصيلاً، لكن باعتبار الثمن، وقد تقدم أنه لا يجوز بيع رطل من شاة قبل سلخها على الأشهر، لكن أجاز مالك هذه على وجه الاستثناء بشرط اليسارة، وإلى هذا رجع مالك بعد أن كان يمنعه. ووجهه: أن المستثنى إما مشترى فلا يجوز؛ لأنه شراء لحم مغيب. وإما مبقى فيكون ما عداه مشترى وهو مغيب. ثم ذكر في حد اليسير ثلاثة أقوال.

ابن عبد السلام: والثلاثة أرطال رواها ابن المواز، والذي في المدونة أربعة أرطال.

خليل: قد جاء في المدونة الثلاثة على رواية ابن وضاح كما ذكره المصنف، وفي بعض الروايات جواز استثناء الثلث، والذي نقله ابن يونس عن الموازية: جواز الخمسة والستة لا الثلاثة كما نقله **ابن عبد السلام**.

ابن راشد: واتفق على أن ما زاد على الثلث كثير.

ابن عبد السلام: وقيد الاتفاق راجع إلى الثمرة؛ لأن الخلاف في الصبرة، فقد روى ابن الماجشون وقال به: أنه لا يجوز أن يستثني من الصبرة قليلاً ولا كثيراً، كيلاً ولا جزءًا مشاعاً؛ لأن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة؛ وهي مشقة الكيل والوزن، فإذا استثنى منها جزءًا فلابد من الكيل، فلم يقصد بالجزاف إلا المخاطرة، والثمرة لا يتأتى فيها الكيل فافترقا، وعلى هذا فالثمرة مبتدأ خبره محذوف؛ أي: يجوز فيها استثناء الثلث باتفاق، يريد: على رءوس الأشجار.

وقال بعض من تكلم على هذا الموضع: بل هو راجع إليهما، والمقصود به الاستدلال على ابن القاسم بما اتفقا عليه. وقد حكى ابن المواز ذلك، فقال: واتفق ابن القاسم وأشهب على جواز الاستثناء من الصبرة والثمرة كيلاً قدر الثلث فأقل.

[٤٣٧/ أ] وفرق المازري لابن القاسم بأن الصبرة مرئية فخف الغرر، وعلى الجواز في الثمرة، فقال أشهب: يجوز، سواء كان ذلك تمراً أو رطباً أو بسراً، وهو ظاهر على أن المستثنى مبقى، وفيه نظر على أنه مشترى، فإن كانت الثمرة أنواعاً فاستثنى من نوع منها أكثر من ثلثه إلا أنه أقل من ثلث الجميع، فاختلف فيه قول مالك بالإجازة والمنع، وأخذ ابن القاسم وأشهب بالمنع.

وَيُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ مَعْلُولَةً

ما صدر به المصنف، قال المازري: وهو المعروف؛ لأن المشتري دخل على أن يدفع للبائع لحما ولا يتوصل إليه إلا بالذبح، وحكى بعضهم الاتفاق عليه.

وقوله: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ مَعْلُولَةً**) وقع في بعض النسخ: معلوفة بالفاء، وظاهره: أنها إذا كانت كذلك أجبر، وينبغي أن يقدر إن كانت معلولة لم يجبر على الذبح ليوافق المنقول. ففي الواضحة من رواية مطرف عن مالك: فيمن باع جزورا واستثنى رأسها أو أرطالاً يسيرة من اللحم، فإن أخرها المبتاع حتى ماتت أو صحت وكانت مريضة، قال: إذا بيعت لمرض أو علة فخيف عليها الموت فبيعت لذلك بيسير الثمن ولولا ذلك لبيعت بدنانير كثيرة، فإن أخرها عامداً فهو ضامن لما استثنى عليه منها، وإن صحت وذهب ما كان بها من مرض فعلى المبتاع شراء ما استثنى عليه البائع أو قيمته، ولا يجبر على نحرها؛ لأنه كان ضامناً لما استثنى عليه. وإن كانت حين البيع صحيحة فتربص بها المبتاع الأسواق فزاد ثمنها أو سمنت فكره المبتاع نحرها، فالبائع شريك بقدر ما استثنى منها.

وانظر كيف لم يجعله في هذه الرواية شريكا إذا كانت مريضة وجعله شريكا إذا لم تكن مريضة وزادت أسواقها؛ ولعل ذلك لأنها إذا كانت مريضة لا يكون لها كبير ثمن، فإذا صحت ارتفع ثمنها فصارت الرأس المبيعة وهي مريضة كأنها قد فاتت. والله أعلم.

وَلا يَأْخُذُ مِنْهُ لَحْماً عَلَى الأَصَحِّ

أي: لو اتفقا على أن يعطي المشتري البائع لحماً عوضاً عن المستثنى، فالأصح وهو مذهب أشهب منعه. وصححه المصنف لما ذكره ابن المواز أنه يدخله بيع اللحم بالحي، ولذلك قال: بخلاف الجلد؛ أي: فيجوز. والجواز ظاهر قول مالك في رواية مطرف. وفي المدونة ما يقتضيه؛ وهو قوله: فيمن استثنى الجلد أو الرأس، أو أبى المشتري من الذبح أن عليه شراء جلده أو قيمته، فلم يجعله من بيع اللحم بالحيوان فاعلمه.

واختلف هل للبائع أن يبيع ما استثناه بناء على أنه مبقى، أو لا بناء على أنه مشترى فيدخله بيع الطعام قبل قبضه، على قولين.

وَلَوِ اسْتَثْنَى جُزْءاً جَازَ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الذَّبْحِ

كما لو باع شاة والمستثنى نصفها أو ثلثها أو غير ذلك من الأجزاء. المازري: ولا خلاف فيه. قوله: (**وَلَوْ كَانَ**) مبالغة في الجواز، وهو ظاهر.

وَفِي جَبْرِ مَنْ أَبَاهُ حِينَئِذٍ قَوْلانِ

قوله: (**حِينَئِذٍ**) أي: حين باع على الذبح. **ابن عبد السلام**: والظاهر الجبر لدخوله على ذلك، والمؤمنون عند شروطهم.

وقال ابن يونس: الصواب عدمه؛ لأنهما قد صارا شريكين، فمن دعا إلى الذبح فذلك له. قال: فإن قيل قد قال ابن القاسم: يجبر على الذبح إذا استثنى أرطالاً فما الفرق؟ قيل: لأنه هنا إذا تشاحا بيعت عليهما ووقع لكل واحد منهما ثمن معلوم، بخلاف الأرطال. انتهى. واقتصر اللخمي على القول بعدم الجبر.

المازري: وهو الذي نص عليه الأشياخ.

خليل: ويدل عليه قولهم: يجوز ولو كان على الذبح، إذ لو كان يجبر فإن فيه شراء اللحم المغيب. والله أعلم. وحكى بعضهم الأول ولم يعزه. وذكر ابن يونس والمازري أن بعض الشيوخ توقف في الجبر وعدمه.

وَلَوِ اسْتَثْنَى الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ، فَثَالِثُهَا: الْمَشْهُورُ يَجُوزُ فِي السَّفَرِ لا فِي الْحَضَرِ

أي: لو باع شاة واستثنى جلدها أو رأسها، فثلاثة أقوال؛ **الجواز في الحضر والسفر:** حكاه فضل عن ابن وهب وعيسى. **والمنع فيهما:** حكاه الأبهري رواية عن مالك. **والثالث المشهور:** يجوز في السفر دون الحضر، ودليله ما رواه أبو داود في مراسله عن عروة بن الزبير: **أن النبي - عليه الصلاة والسلام - حين خرج هو وأبو بكر مهاجرين إلى المدينة مرَّ براعي غنم اشترى منه شاة وشرط له سلبها.** ولا يقاس الحضر عليه؛ لأنه إنما جاز في السفر لكونه لا قيمة له هناك فخف الغرر.

تنبيه:

جعل المصنف المشهور عدم الجواز في الحضر، والذي في المدونة: أجاز مالك استثناء الرأس والجلد في السفر إذ لا ثمن له هناك، وكرهه للحاضر إذ كأنه ابتاع اللحم، فظاهره الكراهة فقط، وبذلك فسرها أبو الحسن فاحتج بقول ابن حبيب: خفف مالك ذلك في السفر وكرهه في الحضر؛ إذ له هناك قيمة، ولا يفسخ إن نزل.

لكن أضاف المازري إلى المذهب المنع كما فهم المصنف، فقال: وأما استثناء جلد الشاة المبيعة في الحضر فمنعه في المذهب وأجازه ابن وهب، وأما في السفر فعن مالك روايتان: الجواز وهو المشهور، والمنع ذكره الأبهري وغيره.

وقال القاضي أبو محمد: إن المحققين من أصحابنا نزَّلوا هاتين الروايتين على اختلاف حالين؛ فالمنع في السفر إذا كان للجلد قيمة، والجواز إذا لم تكن له قيمة.

وأشار ابن حبيب إلى منع هذا التأويل وأجاز استثناء الجلد والأكارع حيث تكون لها قيمة، واعتل بأنه شيء معين. وتردد الأبهري في الإجازة في السفر إذا كانت له قيمة، فقال: يحتمل أن لا يجوز ويحتمل أن يجوز؛ لأن الحكم للأغلب، والأغلب ألا قيمة له هناك، والاحتمال الثاني أوضح والأول أقيس.

ابن يونس: والصواب جوازه؛ لأن النبي ﷺ وأصحابه أجازوه ولم يعللوا لم جاز. قال: وأما استثناء الرأس والأكارع، فلا يكره في سفر ولا حضر؛ كمن باع شاة مقطوعة الأطراف [٤٣٧/ ب] قبل السلخ.

وَلا يُجْبَرُ عَلَى الذَّبْحِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: حيث قلنا بإجازته، فالمشهور - قال المصنف: وهو الأصح - عدم جبره على الذبح إذا أباه ارتكاباً لأخف الضررين، إذ أمر الجلد والرأس يسير وقيمته أو مثله تقوم مقامه، وفي إجبار المشتري على الذبح إفساد مال. ومقابل الأصح ليس منصوصاً، وإنما قال المازري: إنه التحقيق؛ لدخوله على ذلك اللحم.

وقد حكى عياض الاتفاق على الأول، فقال: لا يختلف في أن المشتري يخير أولاً في أن يذبح ويعطي الجلد، أو يمسك فيعطي مثله أو قيمته. انتهى.

وهذا الكلام مخالف أيضا لما صححه المصنف من تحتم القيمة على القول الذي صححه بقوله:

وَعَلَيْهِ الْقِيمَةُ لا الْمِثْلُ عَلَى الأَصَحِّ

إذ معناه: أنا إذا فرعنا على عدم الجبر، فهل يقضى عليه بقيمة الجلد والرأس، أو بمثلها؟ قولان، والأصح القضاء بالقيمة؛ لأنهما من المقومات. ولم أر من صرح بهذا القول الذي حكاه المصنف.

والذي حكاه ابن يونس وغيره عن ابن القاسم بعد أن حكى عنه التخيير بين القيمة والمثل، والقيمة أعدل، ابن يونس وغيره، وقاله سحنون. وكذلك أيضاً ظاهر كلامه أن مقابل الأصح القضاء بالمثل فقط، وليس كذلك، بل التخيير بينهما، وهو مذهب المدونة.

واختلف الشيوخ فيمن له هذا التخيير؛ فقيل: للمشتري لأنه الذي جعل له الخيار أولاً بين أن يذبح ويعطي الجلد. وقيل: للبائع لأنه صاحب الحق. وقيل: للحاكم، وهو أضعفها.

فَلَوْ مَاتَ مَا اسْتُثْنِيَ مِنْهُ مُعَيَّنٌ، فَثَالِثُهَا: يَضْمَنُ الْمُشْتَرِي الْجِلْدَ وَالرَّأْسَ دُونَ اللَّحْمِ ....

مراده بالمعين: خلاف الجزء الشائع؛ كالثلث والربع فإنه لا ضمان عليه في ذلك.

وحاصل ما ذكره: أنه اختلف في مسألة الأرطال والجلد والرأس؛ فقيل: يضمن في الجميع بناء على أنه يجبر، أو يضمن في مسألة الجلد والرأس بناء على عدم جبره، دون مسألة الأرطال فإنه يجبر، ثلاثة أقوال، والثالث هو مذهب المدونة.

ونسب ابن يونس وغيره القولين في ضمان الجلد لابن القاسم، فعنه في العتبية: أنه لا ضمان عليه في الجلد. وروى عنه أصبغ أنه ضامن.

خليل: والرأس في معناه. وذكر صاحب البيان عن ابن دحون: أنه حمل القول بعدم الضمان على ما إذا لم يفرط، وأما إن توانى في الذبح فيضمن، وهو معنى الرواية بالضمان، وعلى هذا فلا خلاف في المسألة.

قال ابن دحون: إنما جعل المصيبة من المشتري؛ لأنه إنما جاز أن يشتري بهذا الاستثناء في السفر، لأنه لا قيمة للمستثنى في السفر، فكأنه اشترى الجميع.

قال في البيان: وهو كلام غير صحيح، إذ لا معنى للتفرقة بين أن يفرط أو لا، وإن كان ابن حبيب نحا إلى هذا، ورواه أبو قرة عن مالك فيمن باع بهيمة واستثنى رأسها فلم يذبحها حتى ماتت، فعليه قيمة رأسها الذي فرط فيه؛ لأنه ترك ما اشتراها له من الذبح. وإن حبسها بإذن البائع حتى هلكت فلا شيء عليه. وإن صحت فأبى أن يذبحها فعليه قيمة رأسها، وإن استحياها بإذن شريكه فهو شريك معه، وهو استحسان على غير قياس، إذ لا يخلو أن يكون للبائع على المشتري حق توفية أو لا. فإن كان فلا يسقط عنه ترك التفريط، وإن لم يكن فلا يجب عليه بالتفريط.

وأما قوله: (وقيل: إنما جعل المصيبة من المشتري) إلخ. فهو كلام متناقض؛ لأن كون الجلد لا قيمة له في السفر يقتضي أن البيع لم يقع عليه وأن المشتري لا يكون ضامنا له. فالصحيح في المسألة: أن قولي ابن القاسم محمولان على الخلاف، وأن الخلاف في ذلك هل هو مبقى فلا يكون على المشتري ضمان، أو مشترى فيكون عليه الضمان فكأن البائع باع جميع الشاة بعشرة وبجلدها، فإذا كانت قيمته درهمين رجع عليه بسدس قيمة الشاة، كأنه بمنزلة من باع شاة بعشرة وعرض. انتهى.

وفي تهذيب الطالب، وابن يونس عن بعض القرويين: إنه لم يختلف في مسألة استثناء الأرطال أنه لا ضمان على المشتري، ولا يدخل في ذلك الخلاف الذي في الجلد؛ لأنه لما لم يجبر في الجلد على الذبح كان الجلد في ذمته لا في معين؛ بخلاف مسألة الأرطال فإنه مجبور على الذبح. وهذا بخلاف ما حكاه المصنف من تعميم الخلاف في جعله الثالث تفصيلاً.

وَفِي اشْتِرَاءِ الْبَائِعِ مَالَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ بِمَالِهِ، قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

هذه المسألة مشكلة حكماً ونقلاً. **أما الحكم**: فظاهر كلامه أن أحد القولين جواز اشترائه، وإن كان فيه طعام ونقد ودين بما شاء من الثمن، وفي ذلك من وجوه المنع ما لا خفاء فيه، حتى قال **ابن عبد السلام**: إنه لا يعلم خلافاً أن البائع فيها كالأجنبي.

قال شيخنا – رحمه الله –: ويمكن لو ساعده النقل التفرقة بين البائع وغيره، فإن البائع عالم بمال عبده غالباً بخلاف غيره، قياسا على ما أجازوه للبائع أن يستثني أربع نخلات من حائطه. **وأما النقل**: فقد بحث **ابن عبد السلام** وغيره عن هذه المسألة في مظانها فلم يجدها. ثم اختلف الأشياخ؛ فمنهم من وهمه، ومنهم من حسن الظن به وتكلف لِه جوابا، ثم لهم في ذلك وجوه:

أولها: أنها على ظاهرها، والشراء محمول على الإقالة؛ أي: أراد البائع أن يستقيل المشتري في مال العبد بما ينوبه من الثمن، فإن عددنا الإقالة حل بيع جاز، وإن عددناها [٤٣٨/أ] ابتداء بيع كان ما يخص مال العبد من ثمنه غير معلوم، إذ لا يعلم إلا بعد تقويم رقبته على انفرادها وماله على انفراده، ويكون هذا كالثمن المعلوم جملة دون تفصيل، ويكون المصنف غير لفظ الإقالة بلفظ الشراء تنبيها على سبب القول بالمنع؛ لأنه لو عبر بالإقالة لم يفهم السبب المقتضي للمنع، وفيه نظر؛ لأن المعلوم جملة المجهول تفصيلاً منعه ابن القاسم وأجازه أشهب، عكس ما نسبه المصنف، إلا أن يقدر: وفي منع، وهو تأويل **ابن عبد السلام**.

ثانيها: أن المسألة على ظاهرها، والخلاف فيها بالأحرى على قولي ابن القاسم وأشهب في العبد إذا باعه بدون ماله، ثم أراد المشتري أن يزيد البائع شيئا ويلحق المال بالبيع، فروي عن مالك جوازه وبه أخذ ابن القاسم، وروي عنه منعه وبه أخذ أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم، ولابن القاسم ثالث بالجواز إذا كان بحضرة البيع.

قال في المبسوط: ومعنى القرب؛ أن لا يدخل المال زيادة ولا نقص، بناء على أن الملحقات بالعقود، هل تقدر واقعة في أصل العقد فيجوز، أو لا تقدر واقعة فيه فيمتنع في الصورتين. ونسب المصنف القولين لهما، بناء على أن لازم القول قول، وهو تأويل **ابن راشد**.

ثالثها: أن اشتراء، مصدر وهو مضاف إلى المشترى منه. والفاعل محذوف، وهو المشتري؛ أي: وفي اشتراء المشتري من البائع مال العبد المبيع بماله؛ أي: بمال المشتري. والخلاف فيها منصوص لابن القاسم وأشهب، كما ذكره في الوجه الثاني، وفيه تعسف.

رابعها: أن البائع بمعنى المشتري؛ لأن كلا منهما بائع في المعنى، واشترى بمعنى باع، وضمير (ماله) يعود على المشتري، وفيه تعسف، وإن كان البائع يطلق في اللغة على المشتري لكن الفقهاء لا تستعمله، وإنما يستعمله من يريد الألغاز.

تنبيه:

ما تقدم من تمشية **ابن راشد** من خلاف ابن القاسم وأشهب؛ إنما ذلك إذا اشترى المال على وجه لو انفرد المال لم يجز، كما لو كان المال عيناً وعرضاً واشتراه بعين، وأما لو اشتراه على وجه لو انفرد جاز فلا خلاف في الجواز.

وَالْمُتَعَيِّنُ وَلا غَرَضَ فِي عَدَدِهِ، أَوْ قَلَّ ثَمَنُهُ يَجُوزُ جُزَافاً

لما ذكر أن من شرط البيع أن يكون معلوماً خشي أن يتوهم منع الجزاف، فذكره ليعلم أن حكمه الجواز، وأن الحزر أقيم فيه مقام العلم. وقوله: **(وَالْمُتَعَيِّنُ)** أي: المشاهد المرئي، بذلك فسره **ابن راشد**، وتفسير **ابن عبد السلام** المتعين بالمقوم بعيد جدًّا. وذكر علماؤنا لبيع الجزاف شروطاً:

أولها: أن يكون مرئياً، فلا يجوز بيع غائب جزافاً، إذ لا يمكن حزره.

ثانيها: ألا تكون آحاده مقصودة؛ كالجوز واللوز والعصافير وصغار الحيتان، فلا يجوز بيع الرقيق والحيوان والثياب جزافاً، وإليه أشار بقوله: **(وَلا غَرَضَ فِي عَدَدِهِ)**.

وفي الواضحة: جواز بيع الأترج والبطيخ جزافاً وإن اختلفت آحاده في الكبر والصغر.

المازري: وهو لا يأتي على ما أصلناه من المنع فيما يراد آحاده، إلا أن يكون الثمن لا يختلف عند المتعاقدين بالصغر والكبر.

ثالثها: أن يكون مما يتأتى حزره، فإن كان من الكثرة بحيث لا يتأتى حزره لم يبع جزافاً؛ لكثرة الغرر، ذكره الباجي وغيره.

رابعها: جهل المتعاقدين بكميته. وسيأتي هذا الشرط من كلام المصنف.

خامسها: أن يكونا عالمين بالحزر. اللخمي: فإن كان قوم لا يعتادون ذلك أو اعتاده أحدهما لم يجز؛ لأن الغرر يعظم.

سادسها: أن يكون في أرض مستوية، ذكره جماعة.

وقوله: **(أَوْ قَلَّ ثَمَنُهُ)** ظاهره ولو قصدت آحاده، وبذلك صرح **ابن راشد**، ومثل ذلك بالبيض والرمان والقثاء واللوز والأترج والبطيخ. وكذلك قال **ابن عبد السلام**، فإنه قال: الفقوس والبطيخ والرمان وشبهه من المعدود الذي تقصد آحاده ولا يتعلق الغرض بعدد عندهم يجوز بيعه جزافاً.

ابن عبد السلام: ويقع في بعض النسخ (أو قل عدده) موضع (ثمنه) وذكر الثمن هو الصواب، وأما قلة العدد فإنها تناسب المنع؛ لأنه لا كبير كلفة في عدده، إذ هو مما تقصد آحاده ويتعلق الغرض بعدده، فإن قل ثمنه قام ذلك مقام كونه لا تقصد آحاده. انتهى. وقد صرح ابن أبي زيد: بأن ما قل ويمكن عده بلا مشقة لا يجوز بيعه جزافاً. ومنع ابن القاسم في العتبية شراء الخشب الملقى بعضه على بعض جزافاً؛ لأنه تخف مؤنة عده بمنزلة الغنم. قال: ولا بأس بشراء صغار الخشب جزافاً.

تنبيه:

ما قدمناه من بيع العصافير جزافاً نص عليه مالك، وأوله ابن القاسم على أن ذلك بعد الذبح، وأما قبله في الأقفاص فلا؛ لأن بعضها يدخل في بعض فلا يمكن حزره.

وكذلك نص ابن حبيب على الجواز بعد الذبح وعلى عدمه قبله. وفي الموازية: لا بأس ببيع برج الحمام بما فيه جزافاً.

وفي الطرر ذكر القاضي أبو الوليد في كتابه الكبير: أن بيع الطير في القفص جزافاً غير جائز باتفاق، وفي بيع الحمام في الأبراج قولان بالجواز والمنع، بناء على أن عدها ممكن أو لا.

وَفُرِّقَ بَيْنَ ظَرْفٍ مَمْلُوءٍ، وَمَلْئِهِ وَهُوَ فَارِغٌ ابْتِدَاءً، أَوْ بَعْدَ أَنِ اشْتَرَاهُ جُزَافاً وَفَرَّغَهُ

[٤٣٨/ ب] أي: ولأجل اشتراطنا في الجزاف أن يكون مرئياً؛ فرق بين ظرف مملوء فيجوز بيع ما فيه جزافاً. وبين ملئه وهو فارغ ابتداء، وبين ملئه ثانياً بعد أن اشتراه أولاً جزافاً فلا يجوز فيهما لعدم الرؤية. وكذا نص عليه ابن القاسم وأصبغ ومحمد وغيرهم.

المازري: وقد يهجس في النفس أنه لا فرق بين ما أجازوه ومنعوه؛ إذ لا يختلف حزر الحازر لزيت في قارورة أو لمقدار ملئها زيتا. ولهذا اختار ابن يونس جواز شراء ملء هذه القارورة، قال: ولو قاله قائل في الغرارة لما بعد وهو في القارورة أبين؛ لأن ملئها لا يختلف. ولا يقال: يرد على التفرقة التي ذكرها المصنف ما أجازه في العتبية من شراء سلة تين ثانياً بدرهم بعد أن اشتراها أولاً؛ لقوله: بخلاف غرارة القمح، ألا تراه لا يسلم في غرارة القمح ويسلم في سلتين تينا لأنه معروف. فإنه أشار في تعليل المسألة إلى أن السلة في التين مكيال له كالويبة بالنسبة إلى القمح، فصار كأنه إنما اشترى شيئاً معلوماً، وأكد ذلك بقوله: بخلاف غرارة القمح.

فرع:

واختلف أصحابنا إذا وقع التبايع بمكيال مجهول. قال أشهب: لا يفسخ وجعله بمنزلة الجزاف. ورأى غيره: أنه يفسخ؛ لأن العدول عن المعتاد له من المكيال إلى المجهول غرر.

فَأَمَّا الْغَائِبُ وَنَحْوُ الْقَمْحِ فِي التِّبْنِ قَوْلاَنِ

أي: ولا يجوز بيع الجزاف غائباً. وعطفُ القمحِ في التبن على الغائب؛ إما من باب عطف الخاص على العام، وإما أنه ليس غائباً حقيقة ولكنه في حكم الغائب. ولا خلاف فيما ذكره المصنف، قاله صاحب الإكمال.

بِخِلافِ الزَّرْعِ قَائِماً، وَكَذَلِكَ الْمَحْصُودُ عَلَى الأَشْهَرِ

لا خلاف عندنا في جواز القائم؛ لما في الصحيح: **أنه -عليه الصلاة والسلام- نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري.** والأشهر في المحصود الجواز قياساً على القائم. وقيل بالمنع قياساً على ما كان منه حال الدرس، وهو قول التونسي.

وظاهر كلامه: أن الجواز أعم من أن يكون حُزماً أو لا. وينبغي أن يقيد بما إذا كان حُزماً، فقد قال صاحب الإكمال: لا خلاف أنه لا يجوز بيعه إذا خلط في الأندر للدراس، أو كدس بعضه على بعض قبل تصفيته. واختلف عندنا إذا كان حُزماً أو قطعاً يأخذها الحزر والتحري على قولين. ولو رأى المشتري ما في الأندر وهو قائم قبل أن يحصد جاز؛ لأنه علم حزره وهو قائم.

ابن عبد السلام: وينبغي أن يكون خلافاً في حال، فإن لم يختلط وبقي السنبل إلى جهة واحدة، فالنفس أميل إلى الجواز ولا يحاط به مع ذلك كما يحاط بالقائم، وإن كان على خلاف هذه الحال فلا شك في المنع.

خليل: وقد يمشي كلام المصنف على ظاهره، ويعتمد في ذلك على ما نقله الباجي، فإنه قال: روى القاضي إسماعيل أنه يجوز بيعه في أندره وقبل درسه. وروى عن ابن نافع أنه لا

يجوز بيعه إلا إذا كان حُزَماً يرى سنبلة وينظر إليه. فعطفه قول ابن نافع على رواية القاضي دليل على أنه يجوز على رواية القاضي وإن لم يكن حُزَماً.

وَالْمَسْكُوكُ، وَالتَّعَامُلُ بِالْوَزْنِ يَجُوزُ جُزَافاً، وَبِالْعَدَدِ لا يَجُوزُ، وَقِيلَ: فِيهِمَا قَوْلانِ

احترز بالمسكوك من التبر والمصوغ ونحوهما، فيجوز جزافاً، المازري: ولو كان الحلي محشواً، إذا عرف قدر الساتر للمحشو من الذهب والفضة بأن تعلم رقته من غلظه وأمكن حزره. وشمل قوله: (**الْمَسْكُوكُ**) الفلوس، وهو صحيح نص مالك في الموازية عليه.

قوله: (**وَالتَّعَامُلُ بِالْوَزْنِ**) أي: كدراهم مصر، وهي المجموعة يجوز بيعها جزافاً. وإن كان التعامل بالعدد كدراهم المغرب فلا يجوز بيعها جزافاً.

وحكى ابن بشير، وابن شاس عن القاضي أبي الحسن الكراهة إذا كان التعامل بالعدد. واعلم أنه نص في المدونة على منع بيع الدراهم والدنانير جزافاً وأطلق، وحملها اللخمي على الإطلاق ولم يذكر في المنع خلافاً إذا كان التعامل بالعدد، وحكى عن ابن القصار الكراهة فيما إذا كان التعامل بالوزن. قال المازري: اختلف البغداديون في معنى المنع، فقال ابن القصار: إنه كرهه، وإليه أشار ابن عبد الحكم بقوله: لم أر أحداً من أصحابنا يجترئ على فسخ بيع الدراهم والدنانير جزافاً. وذهب الأبهري وعبد الوهاب إلى أن المنع على التحريم. فمقتضى قول ابن القصار عدم الفسخ؛ لأنه مكروه. ومقتضى قول الأبهري وأبي محمد الفسخ إذا لم يراعيا الخلاف.

واختلف في علة المنع، فقال ابن مسلمة: لكثرة ثمن العين فيكثر الغرر وهو منقوض؛ لإجازتهم بيع الحلي جزافاً، واللؤلؤ إذا لم تقصد آحاده، وإن كان القاضي أبو محمد أطلق عدم جواز بيع الجواهر جزافاً، لكن التحقيق ما قلته.

وعلل الأبهري وأبو محمد المنع: بأن الغرر هنا من وجهين؛ من جهة الكمية، ومن جهة الآحاد؛ لأنه يرغب في كثرة آحاده ليسهل شراء السلع اليسيرة الثمن، بخلاف

غيره من المبيعات، فإن الغرر فيها إنما هو من جهة واحدة وهي جهة الكمية. انتهى كلام المازري.

وقول المصنف: وقيل فيهما قولان؛ أي: سواء كان التعامل بالوزن أو بالعدد، هذه طريقة الباجي، وبنى الخلاف في ذلك على الخلاف في الدنانير والدراهم، [٤٣٩/ أ] هل تتعين بالعقد أو لا؟ فإن قلنا: إنها لا تتعين بالعقد لم يجز بيعها جزافاً؛ لأن العقد عليها يتناول الذمة والجزاف لا يصلح أن يثبت في الذمة. وإن قلنا: تتعين جاز بيعها كسائر الموزونات والمكيلات. وهذا فهم حسن من المصنف لكلام الباجي، وإن كان ابن بشير إنما نقل عن الباجي أنه قال: إن كان التعامل بالعدد لم يجز المجازفة باتفاق، وإن كان وزنا فقولان. فإن كلام الباجي لا يؤخذ منه الاتفاق فيما إذا كان التعامل بالعدد، وتعليله بالتعيين وعدمه ينافيه.

خليل: ولكن في كلام الباجي نظر من جهة أخرى؛ وذلك أنه ينبغي إن قلنا: إن الدراهم والدنانير لا تتعين، فينبغي أن يتفق هنا على تعيينها لأنها جزاف، والجزاف مجهول والذمة لا يكون فيها مجهول. والله أعلم.

وَشَرْطُ الْجُزَافِ اسْتِوَاؤُهُمَا فِي الْجَهْلِ بِقَدْرِهِ

أي: وشرط جواز بيع الجزاف استواء البائع والمبتاع في الجهل بقدر المبيع؛ لأنهما لو اشتركا في العلم بقدره لم يكن جزافا، وإن انفرد أحدهما لم يجز العقد عليه، ولاسيما إن أعلمه بعلمه؛ لأنهما تعاقدا على مخاطرة وغرر، وهذا أولى من كلام **ابن عبد السلام**.

فرع:

لا إشكال فيما ذكره المصنف في المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف مقاديره بالكبر والصغر. وأما المختلف كالقثاء والبطيخ، فقد روى ابن وهب عن مالك في

المبسوط: جواز بيعه ممن يعرف عدده جزافاً. وقال ابن المواز: إذا عرف أحد المتابعين العدد لم يجز بيعه جزافاً.

ووجه الباجي الرواية الأولى بأن الغرض في مبلغه دون عدده، فإذا انفرد بمعرفة عدده فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه، كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه.

فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِعِلْمِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَهُ الْخِيَارُ

فإن علم المشتري بعلم البائع بقدر المبيع جزافاً بعد العقد فللمشتري الخيار، كما لو اطلع على عيب دلس به البائع.

وحكى عبد الوهاب عن ابن القصار استشكال كون هذا عيباً؛ لأن العيب إذا أعلم به البائع جاز للمشتري الرضا به، ولو أعلم البائع المشتري بأنه عالم به ورضي كان فاسداً، نص على الفساد في كتاب محمد. وحكى سحنون أن البيع جائز، واستبعده **ابن عبد السلام**.

خليل: ويمكن أن يجاب عما أورده ابن القصار، بأنه هنا إذا أخبره بأنه عالم بكيله ثم اشترى منه بعد ذلك، فقد دخل معه على المغامرة والمخاطرة، بخلاف غيره من سائر العيوب.

وأجاب القاضي أبو محمد على الإشكال بأنه: لا ملازمة بين أن يكون الشيء يفسد به العقد إذا قارنه، ولا يفسد إذا اطلع عليه بعد ذلك؛ لدخوله في الأول على الغرر دون الثاني، كما قال سحنون فيمن باع أمة وشرط أنها مغنية أن البيع فاسد، ولو اطلع على ذلك لم يفسد وكان له الخيار.

خليل: وعلى هذا فلا يصح بيع المغنية مع التبيين بعد العقد، وإنما يجوز بيعها بشرط عدم التمييز ثم يبين بعد العقد، وفيه نظر. وينبغي أن يقيد ما قالوه: من أنه لو ذكر أنها مغنية لم يجز شراؤها بها إذا كان القصد من ذلك زيادة الثمن، وأما إن كان القصد التبري فيجوز.

وقوله: (**فَإِنْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي**) يريد: وكذلك العكس، فقد ذكر المازري أن المعروف من المذهب مساواة البائع في ثبوت الخيار له إذا اطلع على علم المشتري كالعكس. قال: ورأيت بعض أصحابنا حكى فيه عن بعض أهل المذهب خلافاً، وأن البائع لا خيار له.

ابن رشد: فإن فات المبيع في مسألة الجزاف التي حكموا فيها بتخيير المشتري لزم فيه الأقل من الثمن أو قيمة الجزاف، وفي مسألة الجزاف التي حكموا فيها بفساد البيع إن فاتت الصبرة ففيها القيمة ما بلغت. قال: وإن أراد المبتاع أن يصدق البائع في الكمية وردها له لانبغى ألا يجوز على أصولهم في الاقتضاء من ثمن الطعام طعاماً.

فرع:

وهل يجوز أن يجمع مع الجزاف غيره في عقدة واحدة؟ اعلم أولاً أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلاً ويجوز جزافاً كالحبوب. ومنها: ما يباع جزافاً ويجوز كيلاً كالأرضين والثياب. ومنها: عروض لا يجوز بيعها كيلاً ولا وزناً كالعبيد والحيوان.

فالجزاف مما أصله أن يباع كيلاً كالحبوب لا يجوز بيعه مع المكيل منه، ولا مع المكيل مما أصله أن يباع جزافاً كالأرضين والثياب باتفاق.

والجزاف مما أصله أن يباع جزافاً لا يجوز أن يباع مع المكيل منه باتفاق أيضاً، واختلف في بيعه مع المكيل مما أصله أن يباع كيلاً على قولين؛ أحدهما: الجواز، وإليه ذهب ابن زرب وأقامه من إجازته في السلم الأول من المدونة أن يسلم في ثياب وطعام صفقة واحدة. ولا خلاف في جواز بيع المكيلين صفقة واحدة وكذلك الجزافان، ويجوز بيع الجزاف مع العروض صفقة واحدة إلا عند ابن حبيب، فإنه ذهب إلى أن الجزاف مما أصله أن يباع كيلاً لا يجوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعيد، قاله صاحب المقدمات.

وقال المازري: لا إشكال في جواز بيع الجزافين من الحبوب. واختلف في جزاف ومكيل؛ فمن أجاز رأى أن الغرر لم يكثر بإضافة هذا [٤٣٩/ ب] المكيل إلى الجزاف، ومن

منع رأى أن المكيل معلوم مبلغه والجزاف مظنون، واجتماع معلوم ومظنون في عقد واحد يصير في المظنون غرراً لم يكن فيه. وكذلك اختلف إذا ضم إلى المكيل ثوب أو عرض.

خليل: وحكاية المازري الخلاف في الفرع الأول خلاف ما في المقدمات. قال في المقدمات: أما بيع الجزاف على الكيل، فلا يضاف إليه شيء في البيع بحال على الصحيح من الأقوال، وهو مذهب ابن القاسم. وأما بيع الجزافين على الكيل، فإن كانا على صفة واحدة وكيل واحد جاز باتفاق، وإن اختلف الكيل والصفة جميعاً لم يجز باتفاق، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر جاز عند أشهب ولم يجز عند ابن القاسم.

ورُؤْيَةُ بَعْضِ الْمِثْلِي كَالْقَمْحِ والشَّعِيرِ، والصِّوَانِ كَقِشْرِ الرُّمَّانِ والْبَيْضِ كَافِيَةٌ

يعني: ليس من شرط البيع عندنا أن يرى جميع المبيع، بل رؤية بعض المثلي كافية في جواز العقد على الجميع لتماثل آحاده كالقمح والشعير، ولا فرق في ذلك بين ما كان حاضراً بالبلد أو غائباً، وينبغي الاحتفاظ على المعين فيكون كالشاهد عند التنازع.

وقوله: **(والصِّوَانِ)** أي: ورؤية ما له صوان كافية عن المصون. والصوان بكسر الصاد وضمها: الوعاء الذي يصونه ويحفظه، ونقل الجوهري ثالثة وهي صيان.

وتقييد المصنف بالمثلي يدل بمفهومه أنه لا يكفي ذلك في المقوم، وهو ظاهر المذهب، وهو مفهوم المدونة في بيع الخيار. وممن نص على عدم اللزوم في المقوم الشيخ أبو محمد، وابن شبلون، وعبد الحق وغيرهم من الشيوخ. **الشيخ**: ولو قال قائل أنه كالمثلي يلزم باقيه إذا كان على الصفة ما بعد.

خليل: وهو مقتضى ما في سماع ابن القاسم من العتبية، قال: ومن باع أعدالاً من كتان أو بز ونظر إلى ثوب أو ثوبين؛ أو رطل أو رطلين، ثم وجد الباقي لا يشبه؛ فأما ما هو قريب مما رأى فلا رد له، وكذلك القمح والتمر في بيت يكون أوله خيرا من داخله. وأما التغيير القريب فلا حجة له، وأما الأمر الفاسد فليرد. انتهى بمعناه.

ابن رشد: وهي مسألة صحيحة مبينة لما في المدونة وغيرها.

قال في المدونة: وإن خرج آخر الحنطة مخالفاً لأولها، لم يلزم المشتري من ذلك شيء وله رد الجميع إن كان الاختلاف كثيراً، وليس للمبتاع أن يقبل ما رضي بحصته من الثمن ويرد ما خرج مخالفاً إلا أن يرضى البائع، ولا للبائع أن يلزمه ذلك إذا أبى المبتاع وكان الاختلاف كثيراً، وكذلك في جميع ما يوزن أو يكال.

عبد الحق: وإنما يلزم الباقي إذا وافق، بشرط ألا يكون الأول معيباً، لأنه يقول: ظننت أن الباقي سليم فاغتفرت العيب فيما رأيت أولاً.

وقوله: (إن كان الاختلاف كثيراً). **أبو الحسن**: اختلف في حد الكثير؛ فقال أبو محمد: النصف، وقال أبو إسحاق: الثلث، وقال ابن يونس: الربع.

وقد ذكر ابن رشد أن وجود العيب بالطعام على خمسة أوجه، وقد ذكرت كلامه عند قول المصنف: وتلف بعضه أو استحقاقه كرده بعيب، فانظره.

والرُّؤْيَةُ تَتَقَدَّمُ بِمُدَّةٍ لا يَتَغَيَّرُ فِيهَا كَافِيَةٌ

أي: يجوز العقد على سلعة غائبة برؤية متقدمة إذا مضت مدة لا تتغير فيها إلى وقت العقد.

ومفهوم كلامه: أنه لو مضت مدة تتغير فيها لا يجوز العقد، وبذلك صرح ابن شاس، فقال: وأما البيع على رؤية متقدمة فيشترط في صحته ألا تطول مدة الرؤية طولاً يتوقع فيه تغير المبيع عادة. وكذلك يفهم من كلام بعضهم.

وفي ابن يونس: وإن رأى عبداً منذ عشرين سنة ثم اشتراه على غير صفة. قال: إذا طال ذلك وتقادم ما يتغير العبد في مثله فالبيع فاسد إلا بصفة مستقبلة. وفي كتاب محمد: البيع جائز إذا علم البائع أن المشتري قد كان رآه؛ لأنه إنما باعه على تلك الصفة التي كان رآها. زاد أبو محمد: ولا ينقده. انتهى.

وفي اللخمي: وإن بعدت الرؤية بما يمكن أن تتغير فيه لم يجز بشرط النقد، وإن لم يشترط النقد جاز، وهو الذي يأتي على ما ينقله المصنف عن المدونة أنه يجوز الشراء من غير صفة.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ فِي بَقَائِهِ خِلافاً لأَشْهَبَ

أي: إذا حصل العقد برؤية متقدمة؛ فلما رأى المشتري المبيع عند القبض زعم أنه تغير عن حالته الأولى إلى ما هو دون، فقال ابن القاسم: القول للبائع. وقال أشهب: القول للمشتري؛ بناء على أن الأصل بقاء ما كان على حاله أو براءة ذمة المشتري من الثمن. أما لو تنازعا في عين السلعة، فالقول للمشتري بالاتفاق مع يمينه؛ لأنه لم يرد نقض بيع في سلعة اتفقا على البيع فيها.

وقيد اللخمي الخلاف بأن يكون ما مضى من المدة يشكل الأمر، هل يتغير فيه أم لا؟ أما إن قرب ما بين الرؤيتين بحيث لا يتغير في مثله، فالقول قول البائع اتفاقاً، وكذلك العكس إذا بعد ما بينهما مما يقال أن المبيع يتغير فالقول للمشتري.

قال: وتسقط اليمين عن البائع حيث يقطع بكذب المشتري، كما إذا اشترى زيتاً أو قمحاً بالأمس، ويقول: اليوم قد تغير الزيت واحْمَرَّ وتسوس القمح.

وَيُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ بَيْعِ الْغَائِبِ وَصْفُهُ بِمَا يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بِهِ، وَفِيهَا صَرِيحٌ فِي الْجَوَازِ مِنْ غَيْرِ صِفَةٍ، وَلِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً الْخِيَارُ، وَأَنْكَرَهُ بَعْضُهُمْ ....

قوله: (**وَيُشْتَرَطُ فِي لُزُومِ**) ظاهره أن الجواز لا يشترط فيه ذلك ويخير في أخذه وتركه، وهو معنى ما ذكره عن المدونة، فكان ينبغي أن يقول: ويشترط في جواز؛ ليكون ما في المدونة خلافا. والقول الأول نسبه في المدونة لبعض كبار أصحاب مالك. وما في المدونة مقيد بما إذا انعقد البيع على أن [٤٤٠/أ] المشتري بالخيار، وأما إن انعقد على الإلزام، أو سكتا عن شرط الخيار فالبيع فاسد.

وكلام المصنف لا يقتضي أن ذلك من شرط الصحة؛ لاحتمال أن يكون قوله: (**وَلِلْمُشْتَرِي خَاصَّةً الْخِيَارُ**) من نتائج العقد لا أنه مشترط وليس كذلك.

ابن عبد السلام: وظاهر ما في السلم الثالث من المدونة؛ أنه لا يشترط ذكر جنس المبيع بالكلية. وأنكر الأبهري، وابن القصار، وعبد الوهاب ما وقع في المدونة، وزعم بعضهم أن هذه المسألة إنما هي من كلام الحنفية؛ لأن أسد بن الفرات سألهم أولاً ثم أخذ بمذهب مالك، وأن أسد بن الفرات أبقاها في المدونة وهو باطل؛ لأن نسبة الوهم بغير دليل إلى أسد وسحنون لا يجوز.

المازري: وما في المدونة هو المعروف، ونقله اللخمي عن جل الأصحاب. وقال في المقدمات: وفي المدونة في كتاب الغرر دليل على أنه لابد من الوصف، وهو الصحيح الذي يحتمله القياس.

وَأَنْ لا يَكُونَ بَعِيداً جِداً كَإِفْرِيقِيَّةَ مِنْ خُرَاسَانَ

هذا شرط ثان لبيع الغائب، وهو معطوف على وصفه؛ أي: ويشترط في جواز بيع الغائب كونه غير بعيد جداً؛ لكثرة الغرر فيه.

وَلا قَرِيباً جِداً تُمْكِنُ رُؤْيَتُهُ بِلا مَشَقَّةٍ عَلَى الأَشْهَرِ

هذا شرط ثالث، وهو شرط في الجواز كالثاني؛ لأن عدولهما عن الرؤية مع إمكانها إلى الصفة ضرب من الغرر. وما ذكر أنه الأشهر هو مذهب الموازية، ومقابله مذهب العتبية، فقد أجاز فيها بيع ما في صندوق بين أيديهما على الصفة، وظاهر المدونة الجواز في خمسة مواضع.

ففي آخر السلم الثالث: وإن ابتعت من رجل رطل حديد بعينه في بيته ثم افترقتما قبل قبضه ووزنه جاز ذلك.

وفي الرد بالعيب: وإن ابتعت سلعة حاضرة بسلعة في بيتك أو بموضع قريب يجوز فيه النقد ووصفتها جاز ذلك.

وفي بيع الغرر: وإن استأجرت منه داراً بثوب في بيتك ووصفته ثم اشتريته منه وهو بيدك بعين أو بثوبين من صفته أو بسكنى دار لك فجائز.

وفي آخر الجعل: لما ذكر بيع الزرع على أن الدرس على البائع، قال: وليس ذلك كحنطة في بيتك، تلك لابد فيها من صفة أو عيان.

وفي أكرية الدور: وإن أكريته داراً بعبد بعينه على أن تقبضه فمات بيد المكتري، فهو منك والكراء يلزمك كالبيع، وإن كان بثوب بعينه في بيت المكتري وقد وصفه كان منه وانتقض الكراء.

فهذه المواضع تدل على أن الأشهر الجواز، لكن ذكر ابن شاس: أن الأصحاب نزلوا ما في المدونة من تجويز العقد بالسوق على سلعة في البيت على ما إذا كان في رؤيتها مشقة وكلفة.

فَإِنْ كَانَ بِمَشَقَّةٍ جَازَ عَلَى الأَشْهَرْ

أي: فإن كان إمكان رؤية الغائب بمشقة جاز بيعه على الصفة على الأشهر، فهذا كبيع الأعدال على البرنامج وكبيع الغائب على مسافة يوم، والأشهر مذهب المدونة والموطأ، ومقابله في مختصر ابن شعبان منعها.

وَفِيهَا: وَيَجُوزُ بَيْعُ الأَعْدَالِ عَلَى الْبَرْنَامِجِ، بِخِلافِ السَّاجِ الْمُدْرَجِ وشِبْهِهِ، فَرَّقَ بَيْنَهُمَا عَمَلُ الْمَاضِيْنَ وأَجَازَهُمَا، وذَا مَسَافَةِ يَوْمٍ مُدَّةً ومَنَعَهَا مُدَّةً

ذكر مسألة المدونة استدلالاً على ما ادعاه من الأشهر. والبَرنامِج بفتح الباء وكسر الميم، وهي لفظة فارسية استعملتها العرب، والمراد بها الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل.

والساج المدرج: طيلسان مطوي. والمراد بشبه الساج، الثوب المدرج في طيه ولم يكن رفيعا كما في الساج.

والضمير في: (**أَجَازَ**) عائد على مالك، والضمير في: (**هُمَا**) عائد على الساج المدرج والبرنامج. (**وذَا**) معطوف على مفعول أجاز؛ أي: وأجاز ذا مسافة يوم مرة، وهو قوله في الموازية، ومنع الجميع، وهو قوله في مختصر ابن شعبان.

وحاصل ما ذكره في البرنامج، والساج، وذا مسافة يوم، ثلاثة أقوال؛ يفرق في المشهور فيجوز في البرنامج، وما على مسافة يوم، ويمنع الساج وهو مذهب المدونة.

فرع: ولا يشترط في جواز البيع على الصفة أن يصفه غير البائع على ظاهر المذهب، وأخذه جماعة من المدونة. **ابن العطار**: وبه العمل. وفي الموازية والعتبية: اشترط ذلك لأن البائع لا يوثق بصفته، إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لينفق سلعته. وذكر المتيطي أن الشيوخ اختلفوا في تأويل المدونة على القولين، وجعل اللخمي وصاحب المقدمات ذلك شرطا في جواز النقد.

اللخمي: ويشترط في البيع على الصفة أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له.

ثُمَّ إِنْ صَحَّتِ الصِّفَةُ فَلا خِيَارَ

أي: فإن اتفق المتبايعان، أو شهدت بينة عند اختلافهما أن المعقود عليه موافق للصفة التي وقع العقد عليها، لزم البيع ولا مقال لواحد منهما، ونبة به على خلاف أبي حنيفة، فإنه يرى الخيار للمشتري ولو وافقت الصفة.

والْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي

أي: عند تنازعه مع البائع، هل صفة المبيع الآن هي التي وقع عليها التعاقد أم لا؟ والفرق بينه وبين ما تقدم من أنه إذا انعقد على رؤية متقدمة وتنازعا، فالقول قول البائع على الأشهر أن البيع في مسألة الرؤية معلق على بقاء صفة المبيع والأصل بقاؤها، فمن

ادعى الانتقال فهو مدع وهو المشتري، بخلاف البيع على الصفة فإن الأصل عدمها وهو موافق لقول المشتري.

وَيَرْجِعُ فِي كَوْنِه عَلَيْهَا لأَهْلِ الْمَعْرِفَةَ

أي: إذا اتفقا على أن البيع وقع [٤٤٠/ب] على الصفة واختلفا في المبيع، هل هو عليها أم لا؟ نظر أهل المعرفة، فإن قالوا: إنه عليها لزمه، وإلا فلا. وانظر هل يكتفي بواحد أو لابد من اثنين؟ وانظر إذا اختلف أهل المعرفة.

والأَعْمَى يَصِحُّ بَيْعُهُ وشِرَاؤُهُ بالصِّفَةِ، وقِيلَ: إلا الأَصْلِيَّ

ذكر الأعمى في بيع الغائب؛ لكونه لما كان لا يبصر وإنما يشتري على الصفة شابه شراؤه شراء الشيء الغائب، والظاهر أن الصحة في الأعمى أظهر منها في بيع الغائب على الصفة؛ لأن الأعمى أعذر، إذ لا يمكن في حقه إلا ذلك. فإن قيل: يمكنه التوكيل، قيل: لا يمكنه ذلك في كثير من الصور.

وحاصل ما ذكره المصنف فيه: أنه إن تقدم منه إبصار صح بيعه وشراؤه اتفاقاً. وإن لم يتقدم، فقال عبد الوهاب: يصح بيعه وشراؤه، ومنع ذلك أبو جعفر الأبهري. هكذا نقل اللخمي.

ابن عبد السلام: وفي معنى من لم يتقدم له إبصار من تقدم له إبصار في سن الصغر حتى لا يتخيل الألوان، قال: وينبغي أن يكون الخلاف في الصفات التي لا تدرك إلا بحاسة البصر، وأما ما يدرك بغير ذلك فلا مانع. والأصلي: هو الأكمه.

والنَّقْدُ فِي الْغَائِبِ بِغَيْرِ شَرْطٍ جَائِزٌ

أي: وبشرط لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون تارة مبيعاً وتارة سلفاً، وهذه المسألة في منع النقد بشرطٍ وجوازه بغيره. المبيعُ على عهدة الثلاث، والأمة المتواضعةُ والمبيعُ على

الخيار، والأرض المبيعة على المزارعة، ومسائل الجعل. وإذا اشترط في الأجير المعين والدابة المعينة أن تقبض منفعتها بعد شهر. وإنها جاز النقد مع عدم الاشتراط؛ لضعف التهمة، وظاهر كلام المصنف - وهو ظاهر المدونة - على ما نص عليه عياض: أن نقد الثمن في الغائب بغير شرط جائز في كل شيء. وذهب ابن محرز إلى أنه يجوز التطوع في المثلي من المكيل والموزون؛ لأن الغائب إن هلك أو وجد على غير الصفة وانحلت العقدة رد مثله فلم يكن على أحد ضرر، بخلاف السلع والرباع فإنها قد تتغير فيردها ناقصة فيضر ذلك بالبائع، أو تهلك فيغرم المشتري قيمتها، فكأن البائع يدفعها على أنه إن سلمت الصفقة كانت للمشتري وإن انحلت رد القيمة. قال: ولو دفع العروض على أن البيع إن انحل رد مثلها جاز، ولو كان الثمن سكنى دار لم يجز نقدها بشرط ولا طوع.

وقال اللخمي: إنها يجوز النقد إذا كان الثمن مما يصح فرضه؛ لأن تعجيل الثمن بغير شرط فرض، فإن كان الثمن داراً أو جارية أو جزافاً فلا يصح تعجيله.

قال: وإن تطوع المشتري بالنقد في هذا لم يصح البيع ويرجع بمثل ما دفع لا بقيمته؛ لأنه قرض فاستوى فيه المكيل والموزون والعبيد والثياب، ولو عجل الثمن على أن يرجع بالقيمة إن لم يجد المبيع لم يجز؛ لأنه بيع على قيمة مجهولة. وإن لم يشترطا في حين التعجيل الرجوع بالقيمة ولا المثل وكانا يظنان أن الحكم الرجوع بالقيمة، حُمل على ذلك ويرجع بالقيمة -كالبيع الفاسد- إذا كان الثمن عبداً أو ثوباً. انتهى.

ابن راشد: وقوله: إذا تطوع المشتري بتعجيل ذلك فسد البيع، فيه نظر. وكيف يفسد البيع بشيء وقع منفكاً عنه، وإنها ينبغي أن يفسد القرض خاصة، فتأمله.

فَإِنْ شَرَطَ فِي الْعَقَارِ وشِبْهِهِ جَازَ وإِنْ بَعُدَ خِلافاً لأَشْهَبَ

يعني: وإن وقع البيع في العقار وشبهه، والمراد بـ(**وشِبْهِهِ**) الأشجار وعيون الماء، جاز شرط النقد ولو كان بعيد الغيبة.

الباجي: وهو المشهور لغلبة الأمن فيها. ونقل الباجي عن أشهب ما نقله المصنف، من أنه منع اشتراط النقد مع البعد، وإنما يجوز اشتراط النقد على المذهب إذا لم يشترها بصفة صاحبها، كذا روى أشهب عن مالك.

ابن رشد: وهو تفسير لما في المدونة وغيرها. والعقار بفتح العين، الجوهري: الأرض والضياع والنخل، ومنه قولهم: ما له دار ولا عقار.

تنبيه: وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع العقار جزافاً، وأما إن بيع مذارعة فلا يصح النقد فيها، قاله أشهب في العتبية. وكذلك قال مالك: من اشترى داراً غائبة مذارعة لم يجز النقد فيها، وكذلك الحائط على عدد النخل. قال مالك في العتبية: وضمانها من بائعها.

وَفِيمَا قَرُبَ مِنَ الْحَيَوَانِ قَوْلانِ

أي: وفي جواز شرط النقد فيه قولان؛ قال في المدونة: ومن باع عروضاً، أو حيواناً، أو رقيقاً، أو ثياباً بعينها خاصة حاضرة أو قريبة الغيبة مثل يوم أو يومين جاز ذلك، وجاز النقد فيه بشرط. والقول بالمنع لابن عبد الحكم.

وَفِي قُرْبِهِ خَمْسَةُ أَيَام، وَيَوْمَانِ، وَنِصْفُ يَوْمٍ، وَبَرِيدٌ وَبَرِيدَانِ

أي: وفي حد القريب. وكان ينبغي أن يقول: يوم ونحوه، فإنه كذلك روي عن مالك في المدونة، والقول باليومين مذهب المدونة كما تقدم. ونصف اليوم نقله ابن شاس ولم يعزه، ولعله راجع إلى البريد. والقول بالبريدين لمالك أيضاً -والبريد اثنى عشر ميلاً- ونقل اللخمي عن ابن وهب: أنه كره النقد في الطعام وإن كان على نصف يوم، قال: لأنه يسرق ويفسد بالمطر إلا أن يكون قريباً جداً.

وَفِيمَا قَرُبَ مِنْ غَيْرِهِمَا الْجَوَازُ بِاتِّفَاقٍ

أي: غير الحيوان والعقار. واتفقا هنا على جواز اشتراط النقد دون الحيوان؛ لأن الأمن في العروض أقوى منه في الحيوان.

ابن راشد: وما ذكره من الاتفاق لا يصح، فقد قال ابن رشد: وأما النقد في السلعة الغائبة بالشرط فلا يجوز في بعيد الغيبة، واختلف قول مالك في قريب الغيبة.

وفِي ضَمَانِ الْغَائِبِ بَعْدَ الْعَقْدِ، ثَالِثُهَا: مِنَ الْبَائِعِ إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُ. ورَابِعُهَا: إِنْ كَانَ عَقَاراً فَمِنَ الْمُشْتَرِي ....

[٤٤١/ أ] احترز بـ(**بَعْدَ الْعَقْدِ**) من ضمانه قبله فهو من البائع اتفاقاً، حكاه صاحب البيان والمقدمات. وظاهر كلامه أن **الأول** من الأربعة؛ الضمان من البائع ولو اشترطه على المشتري. **والثاني**: عكسه. **والثالث**: أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري. **والرابع**: الفرق، ففي العقار من المشتري ولو اشترطه، وفي غيره من البائع ولو اشترطه على المشتري.

ابن عبد السلام: ولا وجود للأولين في المذهب أصلاً. وتردد في الرابع، قال: والذي حكاه الناس أن مالكاً قال أولاً: إن الضمان من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، ثم رجع إلى العكس أنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري، وهو الذي في المدونة. ثم هل القولان في الرباع، أو الرباع من المشتري اتفاقاً؟ طريقان، والثانية لابن حبيب. وألحق بالعقار أيضا ما قرب في أن ضمانه من المشتري باتفاق. والصواب أن له قولاً في الرباع بأن ضمانها من البائع. وقد يجاب بأن الأول؛ وهو أن الضمان من البائع مطلقا قد أقامه اللخمي من العتبية، فقال: واختلف على القول بأن المصيبة من البائع هل يجوز أن يشترطها من المشتري ؟ فأجازه في المدونة، وقال في العتبية: لا يجوز بيع الطعام على شرط إن أدركته الصفة، مثل الزرع القائم إذا يبس واستحصد ورآه بمنزلة من اشترى ما فيه عقد إجارة؛ لأن الإجارة تمنع من التصرف في الحاضر كمنع التصرف للغيبة.

وأما الثاني: على ظاهره من أنه من المشتري مطلقاً، فهو متعذر الوجود، لكن يمكن أن يقدر على أنه من المشتري إلا أن يشترطه على البائع، عكس الثالث. وأما الرابع: فهو

لمالك في الموازية، ففيها وقال أيضا: الديار والعقار من المشتري وما سوى ذلك من البائع، وهذا هو الذي يؤخذ من كلام المصنف لا على ما زاده **ابن عبد السلام** فيه.

فرع:

واختلف إذا لم يشترط أحدهما على الآخر الضمان ثم أراد أن يشترطه على الآخر بعد العقد؛ فقولان: بالجواز والمنع.

واستشكل اشتراط نقل الضمان من أحدهما إلى الآخر، فإنه ضمان بجعل؛ لأن له حصة من الثمن. **وأجيب**: بأنه إنما اشترط كل واحد منهما على صاحبه ما يلزمه على قول، وحاصله: مراعاة الخلاف.

تنبيه:

وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن في المبيع حق توفية، وأما إن بيعت الدار مذارعة فالضمان من البائع بلا إشكال.

وعَلَى تَضْمِينِ الْمُشْتَرِي لَوْ تَنَازَعَا، فَقَوْلانِ لِتَعَارُضِ أَصْلَي السَّلامَةِ وانْتِفَاءِ الضَّمَانِ

أي: إذا فرعنا على تضمين المشتري فتنازعا في أن العقد صادفها باقية، أو هالكة، أو سالمة، أو معيبة، فقال ابن حبيب: ضمانها من المشتري. وذكر اللخمي: أنه مثل قول ابن القاسم في كتاب محمد، بناء على أن الأصل السلامة إلى حين العقد. وقال ابن القاسم في المدونة: ضمانها من البائع. ولو قال المشتري: لا أعلم متى ماتت، فلا يمين على المشتري، بناء على أن الأصل انتفاء الضمان عن المشتري فلا ينتقل إلى ضمانه إلا بأمر محقق. وهكذا كان شيخنا وغيره يمشون هذا المحل، وكذلك مشاه **ابن راشد**، وهو أولى مما قاله **ابن عبد السلام**.

ولو تنازعا في الثمن فطلب البائع تعجيله وطلب المشتري التأخير، فهل يكون القول قول البائع ويجبر له المشتري وهو قول أبي بكر بن عبد الرحمن، أو لا وهو قول أبي عمران وابن محرز وابن القصار.

وقد نبه ابن القصار على الخلاف في ذلك، وذكر أن الصحيح من مذهب مالك فيما اختاره أبو عمران إلا أن يشترط ذلك في العقد.

واستشكل **ابن عبد السلام** - رحمه الله - على ما فهمه منشأ الخلاف المذكور، واعترض عليه أيضا بناء على ما فهمه بها حاصله: أن هذا الخلاف الذي بين أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران إنما هو في العقار، وأما في غيره فلا يلزم نقد الثمن باتفاق.

وقال المصنف: وعلى تضمين المشتري لأنا لو بنيا على تضمين البائع لكان الضمان منه بلا إشكال.

فرع:

ذكر اللخمي أن من اشترى غائباً فعليه أن يخرج لقبضه ولا يكون على البائع أن يأتي به.

وَيَحْرُمُ الْفَضْلُ والنَّسَاءُ فِيمَا يَتَّحِدُ جِنْسُهُ مِنَ النُّقُودِ، ومِنَ الْمَطْعُومَاتِ الرِّبَوِيَّةِ، فَلابُدَّ مِنَ الْمُمَاثَلَةِ والْمُنَاجَزَةِ ....

لما قدم الكلام على أركان البيع أتبع ذلك بشروط وموانع ليست عامة في جميع المبيعات. **والفضل**: الزيادة. **والنساء**: ممدود مهموز التأخير، نقله الجوهري وغيره.

وحاصله: أنه إن اتحد الجنس من النقود أو المطعومات الربوية دخل ربا الفضل فلا يجوز شيء منها بأكثر منه، وربا النساء فلا يجوز شيء منها ولو بمثله نسيئة.

وقوله: (**فَلابُدَّ مِنَ الْمُمَاثَلَةِ**) أي: لينتفي ربا الفضل والمناجزة، لينتفي ربا النساء.

وَيَحْرُمُ النَّسَاءُ خَاصَّةً فِيمَا يَخْتَلِفُ مِنَ النُّقُودِ ومِنَ الْمَطْعُومَاتِ كُلِّهَا

أي: ويحرم التأخير فقط فيما اختلف نوعه من النقود كالذهب والفضة، وفيما يختلف من المطعومات كلها؛ أي: لا يختص ربا التأخير بالربوي، بل لا يجوز طعام بطعام إلى أجل؛ سواء كانا ربويين أو لا. ولابد من إثبات (من) في قوله: (**ومِنَ الْمَطْعُومَاتِ**) كما

فعله؛ لئلا يتوهم تحريم النساء بين النقود والمطعومات. والأصل فيه ما في مسلم عن عبادة بن الصامت، قال النبي ﷺ: «**الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف [٤٤١/ ب] فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**».

النُّقُودُ الْعِلَّةُ غَلَبَتُهَا فِي الثَّمَنِيَّةِ، وقِيلَ: الثَّمَنِيَّةُ وعَلَيْهما فِي الْفُلُوسِ، ثَالِثُهَا: يُكْرَهُ ....

نحوه في الجواهر. والمراد بالنقود: الذهب والفضة على أي صفة كانا، مسكوكين أو مصوغين أو لا. واختلف في العلة؛ فقيل: الثمنية. أي: مطلق الثمنية من غير تقييد بالغلبة. أي: مطلق التعامل من غير اعتبار الغلبة، وعليه فيدخل الربا في الفلوس. وقيل: الغلبة في الثمنية؛ أي: كونها أصول الأثمان غالباً فلا تدخل الفلوس، وإلى هذا أشار بقوله: (**وعَلَيْهما فِي الْفُلُوسِ، ثَالِثُهَا: يُكْرَهُ**) أي: للتوسط بين الدليلين، وجعل قول مالك فيها الكراهة.

وما ذكره المصنف هنا من أن العلة هل هي الثمنية، أو الغلبة فيها أولى من قول من قال: إن القول بعدم جريان الربا في الفلوس مبني على أن الربا في الذهب والفضة غير معلل، بل معلق بما يسمى ذهباً وفضة؛ لأن المازري أنكره ونقل اتفاق العلماء على تعليل الحكم هنا، وإنما اختلفوا في العلة.

والْمُفَارَقَةُ اخْتِيَاراً تَمْنَعُ الْمُنَاجَزَةَ، وقِيلَ: إِلا الْقَرِيبَةَ

المشهور الأول. وقد قال مالك في المدونة في الذي يصرف ديناراً من صيرفي فيدخله تابوته ثم يخرج الدراهم: لا يعجبني. وإذا قال هذا في هذا التأخير اليسير فما بالك بغيره.

وقوله: (**وقِيلَ: إِلا الْقَرِيبَةَ**) ليس هذا القول على إطلاقه، بل مقيد بما إذا كانت المفارقة القريبة بسبب يعود بإصلاح العقد، كما لو فارقه بالحانوت أو الحانوتين لتقليب ما

أخذه أو وزنه، وهو مذهب الموازية والعتبية. وحمله اللخمي على الخلاف كالمصنف. وتأوله صاحب البيان على الوفاق، فقال: وقد قيل إن ما في العتبية مخالف لما في المدونة وليس هو عندي خلافا؛ لأنهما في مسألة المدونة قاما بعد عقد التصارف وقبل التقابض من مجلس إلى مجلس ولا ضرورة تدعو إلى ذلك. ومسألة العتبية إنما قاما فيها بعد التقابض للضرورة.

وَفِي الْغَلَبَةِ قَوْلانِ

أي: وفي الفرقة الواقعة بين المتصارفين بسبب الغلبة من أحدهما أو من غيرهما قولان؛ **أحدهما**: أنها كالاختيار فيفسد. **والثاني**: أنها لا تفسد.

الباجي: والظاهر من المذهب فساد البيع إذا غلب أحدهما على الفرقة. والقول بعدم الفساد لمالك في العتبية والموازية، ففيهما: إذا اشترى قوم قلادة من ذهب وفيها لؤلؤ فلم ينقدوا حتى فصلت القلادة وتقاوموا اللؤلؤ وباعوا الذهب، ثم أرادوا نقض البيع لتأخر النقد، قال: لا ينقض لأنه على النقد ولم يرض بتأخيره، وإنما هو رجل مغلوب.

وتأول أبو بكر بن عبد الرحمن هذه الرواية على أن المذهب فيها يسير تابع للحجارة، وأما إن كانت الحجارة يسيرة والذهب كثير فيفسخ البيع.

ابن يونس: وفيه نظر؛ لأنه لو كانت العلة ما ذكر لبينها مالك وابن القاسم، وإنما لم يبطله مالك؛ لأن البائع مغلوب -كما ذكر- واتهم المشتري على قصد البطلان فعوقب بنقيض قصده.

ابن عبد السلام: والنفس أميل إلى عدم الفساد.

وذكر اللخمي الخلاف في الغلبة، سواء غلبا معا أو غلب أحدهما. وجعل ابن شاس ذلك خلافاً مركباً، هل يصح إذا غلبا معا أم لا؟ وعلى البطلان فيما إذا غلبا، فهل يبطل إذا غلب أحدهما، قولان. قال: والصحيح في الصورتين ما اختار أبو بكر.

وَلَوْ وَكَّلَ فقَوْلانِ

هذه المسألة وقعت في بعض النسخ؛ أي: وكل على القبض وهو ظاهر، ولا إشكال في الجواز إذا وكله على العقد والقبض، كما لو تولاهما بنفسه. أما إذا تولى في أحدهما ووكل في الآخر ولم يغب، وليس فيها إلا أن العاقد غير القابض، فذكر المصنف قولين، وظاهرهما الجواز والمنع.

وأضاف المازري إلى ابن القاسم أنه قال: لا خير فيه. قال: وأمضاه أشهب إن وقع، وقال: يفسخ إذا افترقا قبل قبض الوكيل.

وقال ابن وهب: لا بأس به. قال: وبعض الشيوخ ينسب لابن القاسم أن من شرط صحة الصرف أن يكون العاقد هو القابض، وغيره إنما يشترط في صحته حصول القبض على الفور فقط من غير اعتبار كون العاقد هو القابض.

وَلَوْ وَكَّلَ فِي الْقَبْضِ وغَابَ، فَالْمَشْهُورُ الْمَنْعُ

يعني: ولو وكل أحد المتصارفين بعد انعقاد الصرف على قبض ما وجب له وغاب الموكل، فالمشهور المنع.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر الروايات، ونص عليه أشهب. وحمل اللخمي ما وقع في المذهب من المنع على الكراهة، وهو وإن كان ظاهراً من جهة الدليل -لأن المناجزة المطلوبة قد حصلت ولم يقم دليل على اشتراط اتحاد العاقد والقابض- لكن ظاهر الروايات يأباه.

المازري: ولا خلاف في المذهب منصوص في النهي عن ذلك وفسخه إن وقع، لكن بعض أشياخي يحمل المنهي عن ذلك على الكراهة، وعلى هذا فمقابل المشهور من كلام المصنف هو قول اللخمي. والله أعلم.

وَفِي غَيْبَةِ النَّقْدِ، الْمَشْهُورُ الْمَنْعُ

يمكن حمله على مسألة التسلف، ويرد هذا الوجه أن هذه المسألة ستأتي. وحمله **ابن عبد السلام** على أن المجرور معطوف على المجرور في الكلام الأول؛ أي: ولو وكل في غيبة النقد، قال: ولكن ذكره للأولى مغن عن هذه؛ لأنه إذا امتنع التوكيل مع حضور النقد على المشهور فأحرى مع غيبته.

ابن عبد السلام: ولا يصح حملها على الوديعة؛ لأنه سيتكلم عليها بعد ذلك، وحمله بعضهم على أنه قاعدة لما بعدها من الفروع المشتملة على غيبة النقد.

ورد بأن الفروع التي بعده مختلفة في المشهور كما [٤٤٢/ أ] سيأتي. والأقرب هنا ما قاله بعضهم من حمله هنا على ما إذا كان النقد غائباً عن موضع العقد غيبة قريبة كداره وحانوته، وفيهما قولان -كما ذكر- مشهورهما المنع.

ورد بأن مذهب المدونة في هذا الكراهة، ففيها: وأكره للصيرفي أن يدخل الدينار تابوته أو يخلطه ثم يخرج الدراهم، ولكن يدعه حتى يزن الدراهم فيأخذ ويعطي. وقد يقال: البعد في الدار والحانوت أكثر من البعد في إدخال الصيرفي الدينار التابوت فلا يكون ما في المدونة مخالفاً.

وَفِي الْمُوَاعَدَةِ مَشْهُورُهَا الْمَنْعُ

أي: في المواعدة على الصرف ثلاثة أقوال: المنع، والجواز، والكراهة.

ابن راشد: والمنع ظاهر المذهب. **ابن عبد السلام**: وهو المشهور؛ لأن فيها: ولو قال له المبتاع اذهب بنا إلى السوق بدراهمك فإن كانت جياداً أخذتها منك كذا وكذا درهماً بدينار لم يجز، ولكن يسير معه على غير مواعدة.

ابن راشد: وهو عندي نص في المنع. وكذا قال ابن بشير: الكراهة محمولة على المدونة وظاهرها المنع.

ونسب اللخمي الكراهة لمالك وابن القاسم، وصرح المازري بأنها المشهور من المذهب. والجواز لابن نافع وابن عبد الحكم، والمنع لأصبغ.

أصبغ: ويفسخ إن وقع، وقاله ابن القاسم في سماع أصبغ. وقال في سماع يحيى: إن وقع لم يفسخ.

اللخمي: ورأى أصبغ أن الصرف فاسد، وقاسه على المواعدة في العدة؛ لأن كليهما مبايعة. واستبعد **ابن عبد السلام** التحريم. واستحسن اللخمي الجواز، وفرق بين هذا والمعتدة؛ بأن المعتدة إنما منعت مواعدتها خيفة أن تكون حاملاً حفظاً للأنساب. وأجاز ابن شاس هنا التعريض، وهو صحيح؛ لأنه إذا جاز التعريض في النكاح فهو هنا أولى.

وَالتَّأْخِيرُ كَثِيراً كَالْمُفَارَقَةِ

يعني: أن طول المجلس بعد التعاقد وقبل التقابض مثل المفارقة؛ يعني: اختياراً بالأبدان في إفساد الصرف؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إلا هاء وهاء**».

يعْنِي: وَفِي الْخِيَارِ، الْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ

أي: المشهور منع عقد الصرف على الخيار، والشاذ الإجازة وهو لمالك في الموازية؛ لأن فيها: في رجل اشترى سواري ذهب بمائة درهم على أن يذهب بهما إلى أهله، فإن رضوهما رجع فاستوجبهما، قال أرجو أن يكون هذا خفيفا. محمد وغيره: هذا من قول مالك.

الباجي: وتحتمل هذه الرواية أن يكون المراد بها المواعدة وتقرير الثمن دون عقد، ولذلك قال: إن رضيهما أهله رجع فاستوجبهما، فذكر أن الإيجاب لم يقع بعد وإنما كان ذلك على سبيل تقرير الثمن إن رضيهما أهله. المازري: وهذه الرواية وإن كان فيها احتمال، لكن ما

نقله ابن شعبان من اختلاف قول مالك بالإجازة والمنع عليه يعول في نقل الخلاف في المذهب. وصرح الباجي والمازري بالمشهورية كالمصنف، وبنى المازري الخلاف على الخلاف المعلوم في عقد الخيار هل هو منحل أو منبرم؟ وهكذا حكى ابن شاس هذا الخلاف، وقال في المقدمات: لا خلاف أن الصرف فاسد سواء كانا جميعاً بالخيار أو أحدهما؛ لعدم المناجزة بينهما بسبب الخيار.

والصَّرْفُ فِي الذِّمَّةِ وصَرْفُ الدَّيْنِ الْحَالِّ يَصِحُّ خِلافاً لأَشْهَبَ

قال شيخنا - رحمه الله -: إن جعلنا قوله: (**والصَّرْفُ فِي الذِّمَّةِ**) ترجمة كما في بعض النسخ فلا إشكال، وإن أثبتنا الواو فصرف ما في الذمة تطارح ما في الذمتين، وهو أن يكون لواحد على الآخر دنانير وللآخر عليه دراهم فيتصارفان بما في ذمتهما، وصرف الدين الحال إذا كان من جهة واحدة فالمعروف من المذهب جوازه. قال في الجواهر: وحكى المتأخرون عن أشهب الإبطال فيه.

ومقتضى كلام المصنف: أن أشهب - رحمه الله - يخالف في المسألتين، وبذلك صرح **ابن راشد** وهو ظاهر؛ لأنه إذا منع أشهب فيما إذا كان الدين من أحدهما فأحرى إذا كان من جهتهما.

وقد نقل في الإكمال عن مالك وأصحابه جواز المسألتين؛ أعني: إذا صرفا ما في ذمتهما أو في ذمة أحدهما، وهكذا مشى **ابن راشد** وغيره هذا الموضع، وهو الذي يؤخذ من كلامه في الجواهر. وطول **ابن عبد السلام** هاهنا بما ليس فيه كبير فائدة للفقيه.

والْمُؤَجَّلُ، الْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ

أي: وصرف الدين غير الحال يمتنع على المشهور، بناء على أن المعجل لما في الذمة يعد مسلفاً، وإذا حل الأجل يقتضي من نفسه فلم يحصل التناجز، وعلى الشاذ بالبراءة يجوز الصرف هنا.

فَإِذَا تَسَلَّفَا أَوْ أَحَدُهُمَا وطَالَ بَطَلَ اتِّفَاقاً، وإِنْ لَمْ يَطُلْ صَحَّ خِلافاً لأَشْهَبَ

هذه المسألة يلقبونها بالصرف على الذمة. قال في التهذيب: وإن اشتريت من رجل عشرين درهماً بدينار وأنتما في مجلس، ثم استقرضت أنت ديناراً من رجل إلى جانبك واستقرض هو الدراهم من رجل إلى جانبه، فدفعت إليه الدينار وقبضت الدراهم، فلا خير فيه. ولو كانت الدراهم معه واستقرضت أنت الدينار، فإن كان أمراً قريبا كحل الصرة ولا تبعث وراءه ولا تقوم لذلك جاز، ولم يجزه أشهب.

والحاصل منه: أنهما إن تسلفا، فاتفق ابن القاسم وأشهب على الفساد؛ لأن تسلفهما مظنة الطول فلا يجوز وإن لم يطل؛ لأن التعليل بالمظان لا يختلف الحكم فيه عند تخلف العلة كالقصر في الصلاة للمملوك.

ابن راشد: وإن تسلف أحدهما وطال فكذلك، وإن لم يطل فالخلاف. وعلى هذا ففي كلام المصنف مناقشة؛ لإيهامه أن خلاف أشهب جار [٤٤٢/ ب] في تسلفهما معاً، إلا أن يجعل قوله: **(وطَالَ)** قيد في تسلف أحدهما.

واختلف الشيوخ هل الخلاف في تسلف أحدهما مقيد بما إذا لم يعلم الذي عقد على ما عنده أن الآخر لم يعقد على ما ليس عنده، وأما إن علم ذلك فيتفق على البطلان أو الخلاف مطلقا علم أو لم يعلم؟ على طريقين حكاهما المازري.

والْمَغْصُوبُ الْغَائِبُ إِنْ كَانَ مَصُوغاً، فَالْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ

وجه المشهور: أنه متعين فيقع الصرف من غير قبض في الحال. ووجه الجواز: كونه في الذمة فأشبه الحاضر، هذا معنى كلام المصنف.

ابن عبد السلام، وقال غيره: إن علم وجود المغصوب حين التعاقد فالقولان، وهما جاريان على صرف الوديعة الغائبة عن موضع التعاقد، وإن لم يعلم وجوده حينئذ فلا تجوز

المصارفة عليه؛ لاحتمال أن يكون قد تلف فيلزم الغاصب القيمة والمصارفة بجنسها فيؤدي إلى التفاضل.

فَإِذا ذَهَبَ فَعَلَى خِلافِ صَرْفِ الدَّيْنِ؛ لأَنَّهُ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ أَوْ زِنَتَهُ

أي: فإن ذهب هذا المصوغ ووجب ضمانه على الغاصب، جازت المصارفة عليه حينئذ على المشهور في جواز صرف ما في الذمة، ثم ينظر فيما يتعلق بذمة الغاصب هل قيمته أو مثله، والمشهور القيمة؛ بناء على أن الشيء إذا كان مثلياً ثم دخلت فيه صنعة، هل يصير من المقومات أو المثليات كالغزل؟

قال شيخنا - رحمه الله -: وصرفه على القولين مشكل؛ لأنا إذا قلنا بالقيمة، فقد يكون وزنه خمسة دنانير ويساوي الآن مائة وعشرين لصنعته وصرف الدينار عشرين، فيأخذ ستة عن خمسة وهو ربا فضل ونساء.

وإن قلنا: يأخذ مثله كسوار مثلاً، فإنه يأخذ عن ذهب فضة أو بالعكس وذلك صرف مستأخر. ودليله: أنهم قالوا فيمن استهلك طعاماً فلا يأخذ عنه طعاماً من غير جنسه، إذ هو طعام بطعام إلى أجل فاعرفه.

فَإِنْ بَقِيَ عَلَى حَالِ خِيَارِ أَخْذِ الْعَيْنِ أَوِ التَّضْمِينِ، فَعَلَى خِلافِ إِحْضَارِ الْعَيْنِ وخِلافِ صَرْفِ الدَّيْنِ ....

أي: فإن لم تذهب عينه بالكلية، ولكنه تعيب عيباً يوجب لصاحبه الخيار في أخذه أو تضمينه الغاصب، وإن اختار أخذه فإن أحضره ثم صارفه عليه جاز اتفاقاً، وإن لم يحضره فالمشهور المنع، وإن اختار أخذ القيمة فهي دين له في ذمة الغاصب، فإن أراد مصارفته عليها جاز على المشهور.

وقال في الجواهر: والمشهور جار على أن من خير بين شيئين لا يعد منتقلاً، بل يعد كأنه لم يستحق غير ما اختار، وأما إن عددناه منتقلاً فلا يجوز صرف أحدهما.

فَإِنْ كَانَ مَسْكُوكاً، فَالْمَشْهُورُ: الْجَوَازُ

هذا قسيم قوله: (**مصوغا**) أي: وإن كان المغصوب مسكوكاً، فالمشهور جواز صرفه، وفي معناه ما لا يعرف بعينه من المكسور والتبر.

قَالَ الْبَاجِيُّ: بِنَاءً عَلَى أَنَّ النُّقُودَ لا تَتَعَيَّنُ

أي: أن الباجي أجرى القولين في إجازة الصرف ومنعه على القولين في أن الدراهم والدنانير هل تتعين أم لا ؟ فمن رأى عدم التعيين أجاز؛ لأنها حينئذ تتعلق بذمته وإبراؤه منها قبض. وإن قلنا: تتعين امتنع كما في المصوغ.

وردَّهُ ابْنُ بَشِيرٍ بِأَنَّ الْمَشْهُورَ: تَتَعَيَّنُ، وبِالاتِّفَاقِ فِي ذَوِي الشُّبُهَاتِ

أي: رد ابن بشير كلام الباجي بوجهين؛ **أحدهما**: أن الدراهم والدنانير في الصرف تتعين على المشهور فكيف ينبني المشهور على الشاذ. **والثاني**: أنهم اتفقوا أنها تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حراماً أو كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودراهمه من الغاصب الذي ماله حرام أو فيه شبهة مكن من ذلك اتفاقاً، ويكون وجه الرد على الباجي من هذا الوجه: أنه بنى المشهور على وجه اتفق على عدمه. ونبه المصنف بالأدنى وهو ذو الشبهة، على الأعلى وهو من كان ماله حراماً. وما حكاه المصنف عن ابن بشير تبع فيه ابن شاس وليس هو في تنبيهه، فلعلهما اطلعا على ذلك في غيره. وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب: ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعينها فأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها وأراد رد مثلها، فذلك للغاصب دون ربها، قاله ابن القاسم.

فائدة: الدراهم والدنانير تتعين في ذوي الشبهات على المشهور، نقله **ابن عبد السلام**. وتتعين في باب الصرف على المشهور حرصاً على المناجزة، نقله ابن بشير. وكذلك نقل

صاحب المقدمات، فقال: مذهب مالك وجمهور أصحابه في الصرف أنها إن عينت تعينت، وإن لم تعين فإنها تعين إما بالقبض أو المفارقة.

وحكى المازري الاتفاق على أنها تتعين بالمفارقة. وقال ابن القصار: الظاهر من المذهب أنها لا تتعين.

المازري: وفي كونه الأظهر نظر؛ لأن في المدونة ما يدل على اختلاف قول ابن القاسم في هذا، ففي السلم: أنها لا تتعين؛ لأن فيه: إذا أسلمت إليه في طعام أو غيره ثم أقالك قبل التفرق ودراهمك في يده فأراد أن يعطيك غيرها، فذلك له وإن كنت اشترطت استرجاعها بعينها.

وفي كتاب كراء الرواحل: من اكترى بدنانير معينة ولم يشترط النقد ولا كانت العادة النقد، فإن ذلك لا يجوز إلا بشرط الخلف.

وقال أشهب: لا يفتقر إلى هذا الشرط، والحكم يوجب الخلف. فهذا من ابن القاسم ذهاب إلى أنها تتعين؛ لأنه لم يلزم خلفها إذا ضاعت إلا بالاشتراط.

وبعض أشياخي يشير إلى أن المذهب على ثلاثة أقوال؛ التعيين، وعدمه، والثالث: يتعين في جانب [٤٤٣/ أ] المشتري دون البائع. فالأوليان مبنيان على الخلاف في الوفاء باشتراط ما لا يفيد، ورأى في الثالث أن المشتري إذا اشترط التعيين كان له غرض صحيح في اشتراط تعيينها؛ لأنه يمكن ألا يكون عنده سواها فيشترط تعيينها لئلا يكلف خلفها إن ضاعت، بخلاف البائع فإنه لا يظهر لاشتراطه فائدة. انتهى.

وعَلَّلَهُ بِأَنَّ الأَصْلَ تَعَلُّقَهَا بِالذِّمَّةِ ولا تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا

لما رد ابن بشير توجيه الباجي ذكر هو توجيهاً حاصله: أنا وإن قلنا أنها تتعين، فهي مضمونة بوضع اليد عليها ولا تعرف بعينها، وإذا كانت لا تعرف شابهت الدين،

والمشهور جواز صرفه. ولا يريد ابن بشير أن كل واحد منهما علة مستقلة، وإلا لزم جواز صرف المصوغ لتعلقه بالذمة بوضع اليد.

والرَّهْنِ، والْعَارِيَةِ، والْمُسْتَأْجَرِ، والْوَدِيعَةِ إِنْ كَانَ مَصُوغاً فَكَالْمَغْصُوبِ، وإِنْ كَانَ مَسْكُوكاً، فَالْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ ....

قوله: (**فَكَالْمَغْصُوبِ**) يعني: إما أن يبقى على حاله أو يتلف، أو يبقى على حال خيار كما في المغصوب، غير أن الوديعة لا ضمان فيها وكذلك المستأجر. فمعنى (**فَكَالْمَغْصُوبِ**) أنه إذا كان حاضراً جاز، وإن كان غائباً فالمشهور المنع، وإن وجبت القيمة جاز على المشهور.

قوله: (**وإِنْ كَانَ**) أي: الغائب مسكوكاً، فالمشهور: المنع. والفرق بين هذه المواضع والمغصوب؛ أنه في هذه غير متعلق بالذمة ولم يزل في ملك ربه، والمغصوب قد تعلق بذمة الغاصب بوضع يد العداء عليه، فلذلك تعاكس المشهور. وظاهر قوله: (**وإِنْ كَانَ مَسْكُوكاً**) يقتضي أن المسكوك تتصور فيه الإجارة والعارية. وقد قال المصنف في الإجارة: المشهور منع إجارتها، وقيل: إن لازمها ربها صح. وقال في العارية: لا تصح إعارة الدنانير والدراهم وأن إعارتها قرض. ويجاب عنه: بأن هذا من باب صرف الكلام لما يصلح له وحذف ذلك للعلم به، ولما سيأتي، وشهرته عند طلبة العلم. وكلامه في الجواهر أحسن من كلام المصنف؛ لأنه لا يرد عليه هذا؛ لأنه قال بعد ذكر مسائل: المسألة الرابعة صرف المرهون، فإن كان مصوغا ففيه قولان؛ المنع حتى يحضر، والجواز نظراً إلى مكان التعلق بالذمة، وإن كان مسكوكاً فأجيز في رواية محمد ومنعه ابن القاسم. والجواز لإحدى علتين؛ حصول المناجزة بالقبول، والالتفات إلى إمكان التعلق بالذمة فأشبه المغصوب، إذ هو على الضمان إن لم تقم بينة على تلفه، وقولان إن قامت، والمنع نظراً إلى الحال وهو على ملك ربه، وإنما يقبضه لنفسه عند حضوره فأشبه صرف الغائب.

الخامسة: صرف الوديعة، وفي الكتاب المنع منه، وروى أشهب الجواز في المسكوك منها. واختلف في تعليله على طريقين؛ **إحداهما**: أنه مبني على أن يعقد المودع التسلف ثم يصارف، قاله الباجي. قال الباجي: ويجب على هذا ألا يجوز في الحلي باتفاق.

والطريق الثاني: النظر إلى حصول المناجزة بكمال القول والشيء تحت يده، فعلى هذا يجري الخلاف في المصوغ، وقد ظهر تعليل المنع بما قدمناه في المرهون.

فرعان:

أحدهما: العارية وحكمها حكم الرهن، قاله الباجي. قال بعض المتأخرين: وهو ظاهر.

الثاني: المستأجر وحكمه حكم الوديعة. انتهى كلامه في الجواهر.

وَالصَّرْفُ عَلَى التَّصْدِيقِ فِي الْوَزْنِ وَالصِّفَةِ مُمْتَنِعٌ خِلافاً لأَشْهَبَ

أي: إذا تصارفا وصدق أحدهما أو كل منهما الآخر في الوزن أو الصفة، فالمشهور المنع، وعلل بمراعاة الطوارئ، إذ يحتمل أن يوجد على غير تلك الصفة فيصير العقد مترقباً حله. وما عزاه المصنف لأشهب تبع فيه اللخمي والمازري، وعزا صاحب البيان إليه المنع.

ووجه الجواز: أن النفوس مجبولة على حب المال، فلا يصدق المخبر إلا إذا كان من أهل الدين أو قامت قرينة فلا يتهم على تضييع حق الله تعالى. ومن هذا تبادل الطعامين، فابن القاسم منعه على التصديق، وحكي عنه الإجازة في بدل الطعامين دون الصرف. وعلى جواز التصديق في الصرف يجوز في تبادل الطعامين بل هو أولى، ومنعه ابن نافع في تبادل الطعامين فأحرى في الصرف.

فائدة:

قال بعضهم: لا يصدق في الوزن والكيل في مسائل؛ المبادلة: فلا يصدق فيها في وزن ولا عدد لئلا يوجد نقص فيدخله التفاضل والتأخير. والطعام الربوي بجنسه أيضاً. والقرض:

لئلا يوجد نقص فيلتزمه المقترض عوضاً عن معروفه فيجر نفعاً. والطعام المبيع إلى أجل: لئلا يلتزم النقص لأجل تأخيره، ورأس مال السلم، والمعجل قبل أجله، والصرف.

وَنَقْصُ الْمِقْدَارِ بِالْحَضْرَةِ إِنْ رَضِيَ بِهِ أَوْ بِإِتْمَامِهِ نَاجِزاً صَحَّ

لما قدم الكلام على الافتراق أتبعه بما يطرأ على العقد من نقص أو استحقاق. والباء للظرفية، والمجرور في محل حال، وتقدير كلامه: إن رضي الأخذ بالنقص أو رضي الدافع بإتمامه، فحذف رضي من الثاني لدلالة الأول عليه، فهو من عطف الجمل لا من عطف المفردات.

وقوله: (**نَاجِزاً**) من تمام الثانية، ويدل على محذوف مثله في الأول.

وَإِنْ لَمْ يَرْضَ وَكَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ أُجْبِرَ الْمُمْتَنِعُ، وَفِي الْمُعَيَّنِ قَوْلانِ

أي: وإن لم يرض الدافع بالإتمام ولا الأخذ بالنقص، فإن كان العقد وقع على دراهم أو دنانير غير معينة أجبر من امتنع منهما على إتمام ما دخلا عليه. واختلف: هل يجبر الممتنع إن دخلا على معين. ولعل سببها الخلاف في الدراهم [٤٤٣/ ب] والدنانير هل تتعين بالتعيين أو لا؟

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْمُفَارَقَةِ أَوِ الطُّولِ، فَإِنْ قَامَ بِهِ انْتَقَضَ عَلَى الْمَنْصُوصِ كَتَأْخِيرِ الْبَعْضِ، وَإِنْ لَمْ يَقُمْ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ قَلِيلاً صَحَّ ....

يعني: فإن وجد نقص المقدار بعد افتراقهما من المجلس أو بعد طوله، فإن أقام به وأخذ النقص بنقصه، فحكى الباجي والمازري: أنه لا خلاف في نقض الصرف. وأجرى ابن شاس فيه قولاً بالصحة من الشاذ في تأخير البعض بل هنا أولى؛ لعدم الدخول عليه.

واعلم أن تأخير البعض له صور:

الأولى: أن يقع بشرط، ففي المقدمات: الاتفاق على بطلان الجميع. وخرج ابن القصار قولاً بإمضاء المتناجز فيه من أحد القولين في الصفقة إذا جمعت حلالاً وحراماً، وذكره اللخمي قولاً صريحاً.

الثانية: أن يدخلا على قبض الجميع ثم يؤخرا شيئا، ففي المقدمات: ينتقض الصرف فيما وقع فيه التأخير باتفاق، إن كان درهماً انتقض صرف دينار ما بينه وبين أن يكون الذي فيه التأخير أكثر من صرف دينار، فينتقض صرف دينار آخر ثم كذلك.

واختلف فيما وقعت فيه المناجزة، فمذهب ابن القاسم في المدونة بطلانه، وهو قول محمد، ولابن القاسم في الموازية قول بصحته.

وخص المازري، وابن شاس، وابن بشير هذا الخلاف بما إذا كان المؤخر أقل الصفقة، وأما إن كان أكثر الصفقة فينتقض بالاتفاق، إلا ما خرجه ابن القصار، وجعل ابن بشير النصف كالكثير في الاتفاق عليه.

وقال المازري: علم من المذهب قلة النصف في العروض، وأما الطعام فالنصف فيه عند ابن القاسم في حكم الكثير، وقال أشهب: الطعام كالعروض.

وظاهر ما قاله في المدونة: إن النصف في الدراهم والدنانير في حكم القليل؛ لقوله فيمن صرف مائة دينار بألفي درهم فلم يجد إلا خمسين: إن الصرف ينتقض، بخلاف ما لو وجد الخمسين زيوفاً، فإنه إنما ينتقض بقدرها؛ لكون الزيوف لا يفسد الصرف بوجودها. انتهى.

الصورة الثالثة: أن ينعقد الصرف بينهما على المناجزة فيتأخر شيء مما وقع الصرف عليه بنسيان، أو غلط، أو سرقة من الصراف، أو ما أشبه ذلك مما يغلبان عليه، أو أحدها، فيمضي الصرف فيما وقع فيه التناجز ولا ينتقض باتفاق.

ابن رشد: واختلف هل ينتقض فيما لم يحصل فيه التناجز إن تجاوز النقصان، مثل أن يصرف منه ديناراً بدراهم فيجد في الدراهم درهماً ناقصاً، فيقول: أنا أتجاوزه، أو لا ينتقض من الصرف شيء، على قولين؛ **أحدهما**: أن ذلك لا يجوز وينتقض من الصرف صرف دينار، إلا أن يزيد النقص عليه فينتقض ديناران. **والثاني**: أن الصرف يجوز ولا ينقض منه شيء إن تجاوز النقصان كالزائف إذا رضي به.

قوله: (**وإِنْ لَمْ يَقُمْ**) أي: فإن رضي الأخذ بالنقص ولم يقم به، فحكى المصنف تبعاً للمازري وابن شاس ثلاثة أقوال. المازري: وهو روايات:

الأولى: يفسخ جميع الصرف؛ لكون الفساد قد دخل بعضه فسرى إلى كله.

والرواية الثانية: أنه يمكن من ذلك ولا يفسخ ما تناجزا فيها، كما يمكن من الرضى بالزيوف.

والثالثة: تمكينه من ذلك إن كان النقص يسيراً، والمنع منه إن كان كثيراً.

ابن عبد السلام: وأكثرهم على أنه لا يفسخ.

خليل: والأقرب هو الثالث؛ لأنه الذي تسمح به النفوس. والمشهور: جواز الرضى مطلقاً، لكن بشرط أن يكون النقص في الوزن، وأما إن كان النقص في العدد فإنه لا يجوز الرضى على المشهور.

والْقَلِيلُ: مَا تَخْتَلِفُ بِهِ الْمَوَازِينُ. وقِيلَ: دَانِقٌ فِي دِينَارٍ، ودِرْهَمٌ فِي مِائَة

هذا فرع على القول الثالث، وجعل صاحب المقدمات اختلاف الموازين توفيقاً بين قولي ابن القاسم، فإنه روى اغتفار الدانق والدانقين مرة وعدم اغتفارهما مرة، وأنه رأى في الأولى: أن ذلك القدر مما تختلف به الموازين. وفي الثانية: أنه مما لا تختلف به، وأنه لا خلاف في اغتفار ما تختلف به الموازين.

قال شيخنا -رحمه الله تعالى-: وليس المراد بالدانق في القول الثاني ما سيأتي وهو السدس، بل الدانق في اصطلاح الحُسَّابِ: أن الدينار أربعة وعشرون قيراطاً وكل قيراط أربعة دوانق، فيكون الدانق جزءاً من ستة وتسعين جزءاً ليكون مناسباً للدرهم في مائة. قيل: وتبع في قوله: **(ودِرْهَمٌ فِي مِائَة)** ابن شاس، والمنقول إنما هو الدرهم في الألف. وروى أصبغ عن ابن القاسم في الموازية: إن نقصت الألف درهم مثل الدرهم فهو خفيف. والدانق بفتح النون وكسرها، الجوهري: وربما قالوا داناق.

ونَقْصُ الصِّفَةِ إِنْ كَانَ كَرَصَاصٍ، فَكَالْمِقْدَارِ عَلَى الأَظْهَرِ

لما كان النقص قسمين؛ نقص مقدار، ونقص صفة. وتكلم على نقص المقدار أتبعه بالكلام على نقص الصفة. وإدخاله ما كان كالرصاص في نقص الصفة فيه تجوز والعلاقة المشابهة، فإنه شابه الزائف في وجوده حساً، والقولان للمتأخرين، قاله ابن بشير.

وقوله: **(كَالْمِقْدَارِ)** أي: إن رضي به أو بإتمامه...إلخ. التفصيل: ووجه الأظهر أن وجوده كعدمه. ورأى مقابله أن هذا هنا مقبوض، وكونه لا قيمة له لا يضر كما في المغشوش.

وإِنْ كَانَ مَغْشُوشاً فَإِنْ رَضِيَ بِهِ صَحَّ

كالمعاير بمصر، وتسميه المغاربة النحاس، وفي المدونة الستوق. الباجي، والمازري: ولا خلاف فيه؛ لأن القبض في المقدار المعقود عليه حصل، وإنما وقع النقص في صفته فله الرضى به كسائر العيوب.

وإِنْ لَمْ يَرْضَ وكَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، فَقَوْلانِ: النَّقْصُ، وجَوَازُ الْبَدَلِ. وفِي الْمُعَيَّنِ طَرِيقَانِ: جَوَازُ الْبَدَلِ، والْقَوْلانِ ....

[٤٤٤/ أ] أي: وإن لم يرض قابض المغشوش به، فإن كان الصرف بينهما على دراهم ودنانير غير معينة، كما لو قال: بعني عشرة دنانير بمائتي درهم، فقولان؛ **أحدهما**: النقض.

المازري: وهو المشهور. **والثاني**: جواز البدل لابن وهب. وحكى اللخمي هذين القولين فيما إذا وقع التعيين من جهة دون أخرى، ولم يحك في البطلان إذا لم يحصل التعيين خلافاً. وبنى المازري وغيره الخلاف على أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله فلا يجوز لعدم المناجزة، أو نقض له الآن وابتداء مبايعة فيجوز.

وإن كان الصرف بينهما على شيء معين، كما لو قال: بعني هذا الدينار بهذه العشرين درهماً، فحكى المصنف طريقين؛ **إحداهما** للخمي، وأصلها لأبي بكر بن عبد الرحمن: أن المذهب كله على إجازة البدل؛ لأنهما لم يفترقا وفي ذمة أحدهما شيء، فلم يزل مقبوضاً إلى وقت البدل لأنهما لم يفترقا، بخلاف غير المعين فإنهما تفرقا وذمة أحدهما مشغولة.

والثانية، قال في الجواهر: هي لجل المتأخرين، وأصلها لابن الكاتب أن القولين في هذه كالتي قبلها، ولا فرق بين التعيين وعدمه، ولذلك أدخل المؤلف الألف واللام التي للعهد على القولين، وهذه الطريقة أشد؛ لتقدم الخلاف في الدنانير والدراهم، هل تتعين بالتعيين أم لا؟

ابن عبد السلام: ولم يتعرض المصنف في هذا الفصل للنقض، هل هو في القليل أو الكثير كما تعرض لذلك في الذي قبله، ومسائلهم تدل على تخصيص القليل.

وَإِذَا قِيلَ بِالنَّقْضِ لِلنَّقْصِ مُطْلَقاً، فَخَمْسَةٌ: فَقِيلَ يُنْقَضُ الْجَمِيع مُطْلَقاً، وقِيلَ: إِنْ لَمْ يُسَمِّ لِكُلِّ دِينَارٍ. وقِيلَ: دِينَارٌ. وقِيلَ: أَوْ كَسْرٌ إِنْ كَانَ النَّقْصَ مُقَابِلَهُ أَوْ أَقَلَّ. وقِيلَ: مَا قَابَلَ النَّقْصَ ....

أي: وإذا انتقض الصرف لأجل النقص مطلقاً؛ أي: في المقدار، والصفة، والتعيين وعدمه، فخمسة أقوال -ولذلك أتى بالتاء-:

الأول: ينتقض الجميع، وعزاه اللخمي لابن القاسم في العتبية؛ لأن الصفقة إذا بطل بعضها بطل كلها.

والثاني: ينتقض الجميع إن لم يسم لكل دينار شيئا، كما إذا قال: هذه العشرة دنانير بمائتي درهم. وأما إن سمي، كقوله: كل دينار بعشرة، فإنما ينتقض في دينار إن لم يقابل الزائف أكثر منه، وهو للقاضي إسماعيل، وابن الجلاب، وعبد الوهاب.

وزعم الباجي: أن الخلاف يرتفع إذا سمي لكل دينار وأنه لا ينتقض إلا دينار، وإنما الخلاف إذا لم يسم. ورد عليه المازري: بأن الروايات وقعت مطلقة وإنما فصل هذا التفصيل من تقدم ذكرهم.

والقول الثالث: إنما ينتقض دينار واحد سمي أو لا، المازري، وابن راشد، وابن عبد السلام وغيرهم، وهو المشهور.

والقول الرابع: أنه ينتقض صرف أصغر الدنانير. والفرق بينه وبين الثالث، أنه على الثالث ينتقض صرف دينار كامل ولا ينتقض على الرابع إلا صرف أصغر الدنانير، وتبع في هذا ابن شاس، وابن بشير. وفي نقلهم نظر؛ لأن المازري وغيره إنما ذكروا أربعة أقوال وجعلوا القول بنقض الدينار أو أقل منه قولاً واحداً، ونحوه لابن يونس.

المازري: وإذا تقرر أن المذهب المشهور اختصاص الفسخ بدينار، فإنه يقتصر في ذلك على أقل ما يوجد في الدنانير. ونقله الباجي أيضا عن ابن القاسم فقال، قال ابن القاسم: يرد منها أصغر قرض.

الخامس: على نقل المصنف ينتقض ما قابل النقص. اللخمي، والمازري: وهذا بناء على القول بجواز أن يصرف بعض دينار. وسبب الخلاف، هل المجموع في مقابلة الأجزاء، أو الأجزاء في مقابلة الأجزاء، أو يفصل بين أن يسميا شيئاً أو لا؛ لأنهما إذا سميا لكل دينار شيئاً صارت كأنها عقود متفرقة.

تنبيه:

جعل اللخمي محل هذا الخلاف إذا وقع الصرف على غير معين، وأما إن وقع على معين، فإن قابل الزائف دينار واحد أو وجد العيب بدينار واحد، ينتقض صرف دينار واحد بالاتفاق.

فرع:

ولو كان في الصرف سكك مختلفة، فقال أصبغ: يختص الفسخ بالدينار الأعلى والأطيب. وقال سحنون بفسخ الجميع.

وشَرْطُ الْبَدَلِ: الْجِنْسِيَّةُ، والتَّعْجِيلُ خِلافاً لأَشْهَبَ فِيهِمَا

قرره **ابن راشد** على ظاهره. وقال بعض من تكلم على هذا الموضع: هذا الخلاف الذي ذكره لا يعرف في البدل، وكيف يكون في البدل ومذهب ابن القاسم وأشهب منعه، وإنما هو في الصلح عن القيام بالعيب، ولذلك قال **ابن عبد السلام**: إنما يعرف هذا الخلاف لابن القاسم وأشهب في مسألة الطوق المذكورة أول الصلح. وقد ذكرها المصنف في الصلح، وسيأتي الكلام عليها.

خليل: ولعل المصنف بنى على أن لازم القول قول، فنسب لابن القاسم وأشهب ما ذكره.

وقد خرج اللخمي قولي ابن القاسم وأشهب من مسألة الطوق في هذه المسألة ونصه: وإن لم يرد، أي: الزائف، وصالح على الزائف بعين أو عرض، فأجاز ذلك محمد ومنعه ابن شعبان، قال: إلا أن يتفاسخا ثم يعملا على ما يجوز، واستشهد بمسألة كتاب الصلح في الطوق، واختلف فيه على ثلاثة أقوال، فأجاز ابن القاسم أن يرضيه على شيء يدفعه إليه نقداً ولا يرده إلى أجل. وأجازه أشهب نقداً وإلى أجل. ومنعه سحنون إذا افترقا فيهما.

وعلى هذا يجري الجواب في الدينار، فيجوز على قول ابن القاسم إذا نقد ذلك، وعلى قول أشهب يجوز وإن كان إلى أجل، ولا يجوز على قول سحنون إذا افترقا لا نقداً ولا إلى أجل، والجواز أحسن.

وفي ابن يونس: إذا باع طوق ذهب بألف درهم، ثم وجد بالطوق عيباً فصالحه بائع الطوق على دنانير أو دراهم، فقال ابن القاسم: يجوز ذلك إن كانت الدراهم من نوع الدراهم [٤٤٤/ ب] التي قبض منه، وإن كانت من غير سكة ما قبض منه لم يجز، وكذلك لو صالحه على نقرة، وقال أشهب: لا بأس بذلك كله.

والْمَزِيدُ بَعْدَ الصَّرْفِ كَجُزْئِهِ، وقِيلَ: كَالْهِبَةِ

أي: من صارف رجلاً ديناراً مثلاً بدراهم، ثم زاد أحدهما صاحبه زيادة لأجل الصرف، فإنه إذا فسخ الصرف لفساد في العقد، فإنه يرد جميع ما أخذ مع المزيد، وهذا معنى قوله: (**كَجُزْئِهِ**) وقيل: كالهبة، فلا يرد إلا المدفوع أولاً ولا يرد المزيد، ويحتمل أن يريد بقوله: (**كَجُزْئِهِ**) أنه إذا اطلع على عيب في المزيد أن له القيام ونقض الجميع. (**وقِيلَ: كَالْهِبَةِ**) فلا قيام له إن اطلع فيه على عيب.

ورأينا أن نأتي بالمسألة من المدونة ثم نذكر ما يتعلق بها ونبين ما هو الأليق بكلامه، قال فيها: وإن صرفت من رجل ديناراً ثم لقيته بعد أيام، فقلت له: قد استرخصت مني الدينار فزدني فزادك دراهم نقداً أو إلى أجل، فجائز ولا ينتقض الصرف، وليس لك رد الزيادة لعيب فيها، وإن كان الدينار رديئا فرددته أخذ منك الذي زادك مع دراهمه؛ لأنه للصرف زادك فترده برده. وكذلك الهبة بعد البيع للبائع إن رد السلعة بعيب أخذها.

ولأشهب عن مالك في الموازية: أنه يبدل المزيد الزائف. فحمله بعض الأشياخ على الخلاف، وبعضهم على الوفاق، ولهم في التأويل وجهان؛ **أحدهما** لابن القاسم وغيره: أن

ما في الموازية محمول على إيجاب الزيادة؛ لأنه قال فيها: لقيته، فقال: نقصتني من صرف الناس فزدني فزاده، أنه يفهم إذا زاده فقد ألحقه بصرف الناس وقد أوجب الزيادة.

والتأويل الثاني ذكره صاحب النكت عن بعض شيوخه: أن الخلاف مبني على تحقيق فرض المسألة، فإن قال له: أزيدك هذا الدرهم فوجده زائفاً فلا يرده؛ لأنه إنما رضي أن يهبه ذلك الدرهم على ما هو به فلا يلزم بغيره. وإن قال: أزيدك درهماً فعليه البدل؛ لأنه قد أوجب على نفسه درهماً جيداً، وإليه ذهب اللخمي.

ورد المازري هذا التفصيل؛ لأن في المدونة ما يمنعه، لأنه قال فيها: فزاده درهما نقداً أو إلى أجل، والذي إلى أجل هو في الذمة. وقد نص على أنه ليس عليه بدله. وفي كلام عبد الحق إشارة إلى الجواب؛ لأنه تأول قوله: إلى أجل. على أنه قال له: أنا أزيدك، أو قال: تأتني عند أجل كذا وكذا، ثم عند الأجل أتاه فأعطاه درهماً فوجده زائفاً فليس عليه بدله؛ لأنه رضي بما دفعه إليه ولم يلزم غيره، بخلاف قوله: أزيدك درهماً. فإنه يحمل على الجيد.

وقال القاضي إسماعيل: الزيادة كالجزء يبطل الصرف بتأخرها كما لو تأخر جزء من الصرف، ونص كلامه في المبسوط: إن كان الذي زاده بعد المصارفة إنما هو لإصلاح ما مضى ولمخافة أن ينتقض ما بينهما، أو لمعنى من المعاني، فإن الزيادة تبطل الصرف. واستدل بقول عبد الملك في رجلين اشتريا شاة من رجل، ثم إن البائع وضع لأحدهما شيئاً من الثمن، فإن كان ذلك شيئا يشبه إصلاح ذلك البيع فهو بين الشريكين، وإن كان لا يشبه إصلاح ما مضى، مثل أن يحط عنه أقله أو أكثره فإنما هي هبة وليست من البيع. فإذا تقرر هذا فادعى بعض من تكلم على هذا المحل أن الحق هنا حمل كلام المصنف على الوجه الثاني؛ أي: هل ينتقض الصرف بتأخيرها؟ قال: وهو مذهب القاضي إسماعيل. أو لا ينتقض؟ قال: وهو مذهب المدونة.

خليل: وفيه نظر؛ لأنه يلزم أن يكون المصنف قدم غير المشهور. وقال **ابن عبد السلام**: إن قوله في المدونة يوافق القول الأول على الاحتمال الأول؛ أي: أنه إذا رد، رد الزيادة. قال: ويكون القول الثاني على الاحتمال الثاني من تمامه.

وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْمَسْكُوكُ بَعْدَ الْمُفَارَقَةِ أَوِ الطُّولِ أَوِ التَّعيينِ انْتَقَضَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَإِلا فَالْعَكْسَ ....

أي: إذا اصطرفا بمسكوك من الجانبين أو من جانب فاستحق المسكوك بعد المفارقة، أو بعد أن طال المجلس ولم يفترقا، أو كان المسكوك المعقود عليه معيناً وإن لم يحصل طول ولا مفارقة، فإن الصرف ينتقض على المشهور، إذ لا يلزمه غير ما عين، وإن لم يعين فقد تعينت بالقبض أو المفارقة على ما نقله ابن رشد كما تقدم. ورأى في الشاذ أنها لا تتعين، فيجبر على البذل في الثلاثة.

وقوله: (**وَإِلا فَالْعَكْسَ**) أي: فإن لم تكن مفارقة ولا طول ولا تعيين لم ينتقض. قال بعض من تكلم على هذا الموضع: والمراد بالعكس عدم النقض فقط، لا باعتبار دخول الخلاف وانعكاس المشهور؛ لأنه إذا لم يكن طول ولا افتراق ولا تعيين أجبر على البدل إذا كان عنده غيرها اتفاقاً.

وكلام المصنف قريب من كلام صاحب الجواهر، وذكر أن المشهور مذهب المدونة، وعزا الشاذ لأشهب، وجعل هذا الخلاف إذا حصلت المفارقة أو الطول.

وقال ابن الكاتب: إنما اختلاف ابن القاسم وأشهب إذا حصل استحقاق بالحضرة، فعند ابن القاسم لا يلزمه الإتيان بمثلها سواء وقع الصرف على معين أم لا، وعند أشهب لا يلزمه ذلك إذا كانت الدراهم معينة، وأما إذا كانت غير معينة فينتقض.

وذكر **ابن عبد السلام** أن القرويين اختلفوا في محل القولين اللذين في المدونة، هل هو عند الافتراق أو الطول، أو عند عدم كل واحد منهما. ولنذكر لفظه في المدونة ليتبين لك الفهمان، قال فيها: ومن اشترى إبريق فضة بدنانير أو دراهم، فاستحقت الدنانير أو الدراهم انتقض البيع لأنه صرف، ومن صرف دنانير بدراهم فاستحقت الدراهم [٤٤٥/ أ] انتقض الصرف. وقال أشهب: لا ينتقض إلا أن تكون دراهم معينة يريه إياها، وإنما باعه بدراهم عنده أو من كيسه أو تابوته فعليه مثلها مكانه ما لم يفترقا.

ابن القاسم: ولو أنه إذا استحقت ساعة صارفه، قال: خذ مثلها مكانه قبل التفرق جاز، ولو طال أو تفرقا لم يجز.

فقوله في قول أشهب: مكانه ما لم يتفرقا. دليل على أنه إنما يخالف إذا كان بالحضرة. وقوله في المدونة في أول المسألة: ينتقض الصرف. يحمل على ما إذا لم يكن بالحضرة.

تنبيهان:

الأول: قيد ابن يونس قوله في المدونة: إنها إذا استحقت وقال له ساعة صارفه: خذ مثلها جاز بها إذا تراضيا، وكذلك قال ابن المواز. وغمز أبو بكر بن عبد الرحمن ما قاله ابن المواز من اشتراط التراضي، قال: لأنه لو كان مراده أن الخلف إنما يجوز بالتراضي لم يكن لتقييد هذا الجواب بقوله: ما لم يفترقا معنى؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا على خلف الدراهم المستحقة صار ذلك مستأنفا لا يمنع منه ما تقدم من عقد بطل باستحقاق الدراهم.

المازري: وهذا قد يعتذر عنه بأنه قيد بقوله: ما لم يفترقا؛ لأنهما إذا افترقا وتراضيا ببدل الدراهم المستحقة صار ذلك تتمياً للعقد المتقدم الذي كشف العيب أنهما لم يتناجزا فيه، وقد تتطرق التهمة لكون العاقدين أو أحدهما قصد إلى ذلك في أصل العقد.

التنبيه الثاني: ما تقدم في متن كلام المصنف والتعيين ثابت في كل النسخ التي رأيتها، وكذلك ثبت ذلك في نسخة **ابن راشد** وسقط من نسخة **ابن عبد السلام**. والإثبات

موافق لكلام المازري وابن شاس، فإنهما أشارا إلى أنه إن حصل التعيين انتقض الصرف ولو مع الحضرة على المشهور؛ لأنهما نصا على أن هذه المسألة تجري على الخلاف في تعيين الدراهم بالتعيين، وقد صرح اللخمي بذلك؛ أعني: بالنقض إذا كانت الدراهم معينة، سواء استحق بالحضرة أم لا، لكنه مخالف لما تقدم من أن ابن القاسم يجيز البدل في الدراهم مطلقاً، سواء كانت معينة أو لا، وإنما يأتي الإثبات على قول أشهب فتأمله.

وَلَوِ اسْتُحِقَّ الْمَصُوغُ انْتَقَضَ مُطْلَقاً

يعني: لو وقع العقد على مصوغ من الجهتين أو أحدهما فاستحق، انتقض الصرف سواء كان بحضرة العقد، أو الافتراق، أو الطول، وإليه أشار بقوله: مطلقا؛ لأن المصوغ يراد لعينه.

ثُمَّ إِنْ كَانَ لَمْ يُخيَّرِ الْمُصْطَرِفَ، فَلِلْمُسْتَحِقِّ إِجَازَتُهُ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْخِيَارَ الْحُكْمِيَّ لَيْسَ كَالشَّرْطِيِّ ...

أتى بـ(**ثُمَّ**) للتراخي. أي: إذا عقد الصرف بمصوغ ثم انتقض بسبب الاستحقاق، فإن أراد المستحق إجازة العقد فلا يخلو المصطرف - وهو المشتري لهذا -: إما أن المستحق مخبر بأن المصوغ ليس ملكاً للدافع أو لا، فإن لم يخبره فللمستحق إجازته على المشهور فيهما؛ أي: في المصوغ والمسكوك، قاله بعضهم وهو الظاهر.

وقال **ابن عبد السلام**: هو عائد على الصورتين المفهومتين من السياق؛ وهما: كون الاستحقاق بحضرة الصرف أو بعد ذلك. قال: ويحتمل أن يعود الضمير على صورتين منطوق بهما؛ وهما: كون الاستحقاق بعد الطول وقبل المفارقة، والثانية بعد المفارقة، ورجح هذا على الأول بأن عود الضمير على منطوق به أولى.

وقوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**). أي: لأن خيار المستحق أدى إليه الحكم. والشاذ لأشهب: يمنع كخيار الشرط. ونظيرها ما إذا قال لوكيله: أبدل لي فولاً بقمح فأبدله بشعير، وكذلك فيما يطلب فيه التناجز.

وأطلق المصنف في المشهور، وهو مقيد بحضور المصوغ، نص عليه في التهذيب.

وناقض سحنون قول ابن القاسم هذا بحضور اشتراط الخلخالين، بقوله فيمن استودع قمحاً فباعه بطعام مخالف: إن للمستحق إجازة البيع، ولم يشترط حضور القمح. والفرق أن المودع ضمن القمح بتعديه بالبيع فوجب في ذمته مثله فأخذ عنه تمراً مثلاً، ذلك جائز، إذ لا معنى لاشتراط حضور ما بقي في الذمة، بخلاف الذي تولى الصرف في مسألة الخلخالين فإنه غير متعد فلم تتعلق بذمته، فأشبه صرفها صرف الوديعة، فلذلك اشترط الحضور.

وناقض اللخمي والمازري قول أشهب هنا بقوله: في العبد يتزوج حرة بغير إذن سيده ويدخل بها، ثم توجد هي تزني، أن رجمها موقوف على إجازة السيد النكاح، فإن أجازه كانت محصنة ورجمت، وإن لم يجزه لم ترجم وحدت حد البكر، وهو اعتراض ظاهر.

فَلَو أَخْبَرَهُ، فَهُوَ كَصَرْفِ الْخِيَارِ

أي: فلو أخبره دافع المصوغ أنه ليس له وأنه تولى الصرف فيه بغير إذن ربه، فهو كصرف الخيار الشرطي، وقد تقدم أن المشهور منعه.

والصَّرْفُ والْبَيْعُ مُمْتَنَعٌ، خِلافاً لأَشْهَبَ إِلا فِي الْيَسِيرِ

أي: أنه لا يجوز أن يجتمع في العقد بيع وصرف إلا في اليسير، وجوزه أشهب في اليسير والكثير. والاستثناء يحتمل أن يرجع إلى قوله: (**مُمْتَنَعٌ**) ويحتمل أن يرجع إلى (**خِلافٌ**) أي: إلا في اليسير، فإن أشهب لا يخالف في ذلك. ووجه المشهور بوجوه:

أحدها: أن اجتماع البيع معه يؤدي إلى ترقب حله بوجود عيب في السلعة.

ثانيها: لأن الصفقة قد جمعت بين عقدين مختلفي الأحكام؛ لأن الصرف لا يجوز فيه التأخير والخيار بخلاف البيع.

ثالثها: لئلا يؤدي إلى صرف بنسيئة، من حيث أن السلعة قد تستحق فلا يعلم ما يصيب الصرف من الثمن إلا في ثاني حال. سند: وليس هذا من باب النسيئة، [٤٤٥/ ب] وإنما هو من باب الجهالة. ورأى أشهب أن العقد قد اشتمل على جائزين فلا منع. فإن وقع على المشهور، فقيل: هو كالعقود الفاسدة يفسخ ولو مع الفوات، وقيل: هو من البياعات المكروهة فيفسخ مع القيام لا مع الفوات. **ابن رشد**: وهو المذهب.

فائدة: قال القرافي: لا يجتمع مع البيع عقود يجمعها قولك: (جص مشنق) فالجيم: للجعالة. والصاد: للصرف. والميم: للمساقاة. والشين: للشركة. والنون: للنكاح. والقاف: للقراض؛ لتضاد أحكامها.

ونظمها بعضهم فقال:

عقود منعناها مع البيع ستة ... ويجمعها في اللفظ جص مشنق

فجعل وصرف والمساقاة شركة ... نكاح قراض منع هذا محقق

فَإِنْ كَانَ الْجَمِيعُ دِينَاراً فَيَسِيرٌ، وقِيلَ: مَعَ كَوْنِ أَحَدِهِمَا ثُلُثاً فَأَدْنَى، وقِيلَ: مَعَ كَوْنِهِ كَالدِّرْهَمِ يَعْجِزُ ....

الأول: هو مذهب المدونة، ولا يشترط فيه أن يكون الصرف أو البيع تابعاً، بل كيفما كان فهو جائز؛ لأن الضرورة داعية إلى الوقوع في مثل هذا كثيراً.

والقول الثاني: عدم الجواز إلا بشرط التبعية، إما بأن يكون البيع تابعاً للصرف أو العكس، والتابع هو الثلث فأقل.

والقول الثالث: لا يجوز الصرف والبيع في دينار إلا أن يكون البيع يسيراً، مثل أن يصرف ديناراً بعشرة دراهم فيعجز الدرهم أو النصف فيدفع إليه عرضاً بقدره لتحقق الضرورة، وهو قول عبد الوهاب.

ولابن القاسم في الموازية رابع: جواز كون الصرف في الدينار الواحد تابعاً الثلث فأقل، ومنع عكسه وهو كون البيع تابعاً.

فَإِنْ كَانَ الصَّرْفُ فِي أَكْثَرَ مِنْ دِينَارٍ، فَالْيَسِيرُ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بِأَقَلَّ مِنْ دِينَارٍ، وقِيلَ: أَنْ يَكُونَ ثُلُثاً فَأَدْنَى ....

أي: فإن كان الصرف في أكثر من دينار، فلابد أن يكون البيع في أقل من دينار، أي: لابد من اشتراك البيع والصرف في دينار، كما لو صارفه عشرة دنانير بمائة وتسعين ونصف إردب قمحاً والصرف بعشرين، وكلامه ظاهر التصور.

ونسب في الجواهر القول الذي صدر به المصنف لابن مناس، وذكر أن القول الثاني نقله ابن محرز عن بعض الأشياخ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْبَيْعُ أَكْثَرَ لَمْ يَجُزِ اتِّفَاقاً، إلا فِي صَرْفِ أَقَلَّ مِنْ دِينَارٍ

يعني: أن الخلاف المتقدم إنما هو إذا كان الصرف أكثر، وأما إذا كان البيع الأكثر، فالاتفاق على أنه لا يجوز إلا إذا كان الصرف في أقل من دينار كالقول الأول.

والمراد بالاتفاق: اتفاق القائلين بمنع اجتماع الصرف والبيع. وأما على قول أشهب الذي يجيزهما مطلقاً، فلا. ولا يقال ينتقض الاتفاق الذي حكاه المصنف بما حكاه بعضهم عن ابن حبيب من جواز دينار فأقل؛ لأن ابن يونس والمازري أنكراه.

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، أن الصرف أضيق من البيع، فإذا كان البيع تابعاً انسحب عليه حكم الصرف فكان أحوط، بخلاف العكس، واستشكل لأنهم يغلبون

حكم الصرف وإن كان قليلاً في وجوب تقديم السلعة على المعروف، خلافاً للسيوري في إبقاء كل من البيع والصرف على حكمهما على الانفراد، فأوجب تعجيل الصرف وأجاز تأخير السلعة.

وأَمَّا الْمُسْتَثْنَى الْيَسِيرُ، فَرُوِيَ أَنَّهُ الدِّرْهَمُ، ورُوِيَ الثَّلاثَةُ، ورُوِيَ قَدْرُ ثُلُثِ دِينَارٍ؛ كَسِلْعَةٍ بِدِينَارٍ إلا دِرْهَماً ....

إن قلت: لم جوزوا في مسألة الاستثناء ما لم يجوزوه في مسألة اجتماع البيع والصرف مع أنها راجعة إليها، إذ حاصل قوله: هذه السلعة بدينار إلا درهماً. بعتك السلعة والدرهم بدينار، وهو بيع وصرف.

وإنما قلنا: إنهم أجازوا هنا ما لم يجيزوه هناك؛ لأنهم أجازوه هنا مع تأخير النقدين وتقدم السلعة.

فالجواب: أنه سؤال حسن، ولعلهم راعوا أن الاستثناء أصله أن يكون يسيراً، والضرورة تدعو إلى اليسير، والمتبايعان إنما بنيا كلامهما أولاً على البيع، فكان الصرف غير مقصود، بخلاف البيع والصرف؛ فإنهما لما أتيا أولاً بالصرف والبيع علم أنهما مقصودان.

وقوله:(**فَرُوِيَ أَنَّهُ الدِّرْهَمُ**) مقتضاه: أنه لا يجوز في الدرهمين. والذي في المدونة وغيرها: أن الدرهمين في حكم الدرهم. ولم أر من اقتصر على الدرهم كما فعل المصنف، بل صرح المازري بالاتفاق على يسارة الدرهمين، والرواية بالثلاثة لابن عبد الحكم، والقول بإجازة الثلث للأبهري، هكذا نقله الباجي وابن شاس، ولم أر أحداً صرح بأنه رواية **ابن راشد**.

وهذا الخلاف إنما هو إذا وقع البيع وفيه التأجيل على ما سيأتي إن شاء الله، وأما مع الانتقاد فيجوز أكثر من ذلك.

فَإِنْ كَانَ نَقْداً فَجَائِزٌ، وفِي تَأْجِيلِ الْجَمِيعِ مُمْتَنَعٌ

أي: إذا كان الجميع السلعة والدينار والدرهم نقداً فجائز.

ابن راشد: بلا خلاف. وإن تأجل الجميع فهو ممتنع؛ لأنه صرف مستأخر، ودين بدين إن كانت السلعة غير معينة، وبيع معين يتأخر قبضه إن كانت معينة.

وفِي تَأْخِيرِ النَّقْدَيْنِ يَجُوزُ لِلتَّبَعِيَّةِ

يعني: فإن تقدمت السلعة وتأخر النقدان جازت المسألة، وعلل ذلك بالتبعية؛ أي: أن السلعة لما قدمت وتأخر الدينار والدرهم علم أنهما غير مقصودين فلا يكون صرفاً مستأخراً. وذكر ابن المواز الاتفاق فيه، لكن ذكر المازري وابن شاس أن ابن عبد الحكم خالفه، فمنع لكونه ديناً بدين وصرفاً مستأخراً. قال في الجواهر، قال بعض المتأخرين: وقول ابن عبد الحكم هو القياس، لاسيما إذا راعينا الاتباع في أنفسنا.

وفِيهَا: ويُقْضَى بِمَا سَمَّيَا، وقِيلَ: بِدَرَاهِمَ ويَتَقَاصَّانِ

[٤٤٦/أ] يعني: إذا وقعت هذه المسألة على الوجه الجائز فاختلف فيما يقع فيه القضاء، فحكي عن المدونة أن البائع يعطي الدرهم والدرهمين أو يأخذ الدينار أو الدينارين، وليس ما نسبه للمدونة صريحاً فيها، بل هو ظاهرها عند الأكثرين. وصرح المازري بمشهوريته. ومنهم من فهمها على القول الثاني؛ وهو أن البائع إذا حل الأجل إنما يأخذ صرف دينار ينقص درهماً أو درهمين.

وتَأْجِيل السِّلْعَةِ أَوْ أَحَد النَّقْدَيْنِ مُمْتَنَعٌ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني: لو تقدم النقدان وتأخرت السلعة، أو تقدمت السلعة وأحد النقدين وتأخر النقد من أحدهما، المشهور فيهما المنع، وهو مذهب المدونة. وقيل: المشهور فيما إذا تأجلت

السلعة مقيد في الموازية بما عدا التأخير اليسير، قال فيها: إلا أن يتأخر بمثل خياطته، أو حتى يبعث في أخذه وهو بعينه فلا بأس به. والشاذ: الجواز فيهما.

ونقل في المدونة الشاذ في مسألة تأجيل السلعة عن مالك من رواية أشهب.

ونقل صاحب الجواهر وغيره الشاذ في مسألة التأخير في أحد النقدين عن مالك من رواية ابن عبد الحكم. وقد يظهر ما رواه ابن عبد الحكم ببادئ الرأي؛ لأنه إذا جاز تأخير النقدين معاً فلأن يجوز تأخير أحدهما أحرى.

والفرق للمشهور أن الاعتناء بالتقديم يدل على أنه المقصود عند المتبايعين، فإذا تقدمت السلعة وتأخر النقدان دل تقديمها على أن البيع هو المقصود، بخلاف ما إذا تقدم أحدهما، فإنه يدل على أن الصرف مقصود ولم يحصل شرطه وهو المناجزة.

فَإِنِ اسْتَثْنَى دَرَاهِمَ مِنْ دَنَانِيرَ، فَثَالِثُهَا: يَجُوزُ فِي النَّقْدِ.

مثال ذلك: لو باع مائة ثوب بمائة دينار ينقص كل دينار درهماً، فمن أجاز رأى أن نسبة مائة درهم إلى مائة دينار كنسبة الدرهم إلى الدينار، ويحتمل أن يكون مبنياً على جواز الصرف والبيع مطلقاً. ومن منع نظر إلى كثرة الصرف، ولا يخفى عليك توجيه الثالث. وتبع المصنف في حكاية هذه الأقوال ابن بشير وابن شاس، وإطلاق الأقوال هكذا مشكل، ولاسيما الجواز مطلقاً والمنع مطلقاً.

والمنصوص في الموازية: فيمن ابتاع مائة جلد كل جلد بدينار إلا ثلاثة دراهم، وذلك كله نقله **ابن عبد السلام** أن ذلك جائز. وفيها، وفي العتبية عن مالك: فيمن ابتاع خمسة عشر جلداً كل جلد بدينار إلا درهماً إلى أجل، ثم تحاسبا بعد البيع فصارت أربعة عشر ديناراً، فلا خير في هذا البيع. محمد: تحاسبا أو لم يتحاسبا لكثرة الدراهم في المؤجل. مالك: ولو قطعوا صرف الدراهم قبل العقد ووقعت الصفقة بدنانير معلومة جاز ذلك

نقداً ومؤجلا، مثل أن يقول: إن وقع بيننا بيع بدراهم فبيعها كذا وكذا بدينار فهذا الجائز، وإلا لم يجز نقداً ولا إلى أجل؛ لأنه صرف وبيع إلا في دراهم يسيرة.

وقال مالك في العتبية: إذا كان ذلك قبل البيع. وقد حققها في البيان تحقيقاً شافياً، فقال: إن وقع البيع بينهما على أن يتقاصا من الدنانير ما اجتمع من الدراهم المستثناة بسوم سمياه ولم يفضل من الدراهم شيء بعد المقاصة، مثل أن يبيع ستة عشر ثوباً كل ثوب بدينار إلا درهماً على أن يحسبا ستة عشر درهماً بدينار، جاز البيع نقداً أو إلى أجل؛ لأن البيع انعقد بخمسة عشر.

وكذلك إن فضل بعد المقاصة درهم أو درهمان؛ لأنه يجوز أن يبيع الرجل السلعة بدينار إلا درهماً وإلا درهمين على أن يتعجل السلعة ويتأخر النقدان، فإن فضل بعد المحاسبة دراهم كثيرة فيجوز البيع إن كان نقداً ولا يجوز إلى أجل. وإن لم يقع بينهما على شرط المحاسبة، فيجوز إن كانت الدراهم المستثناة الدرهم والدرهمين نقداً أو إلى أجل، ويجوز إن كانت كثيرة دون صرف دينار إن كان نقداً، ولا يجوز إلى أجل. وإن كانت أكثر من صرف دينار، فلا يجوز نقداً ولا إلى أجل على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك. ولا تنفع المحاسبة بعد البيع إذالم يقع البيع بينهما على ذلك.

فَإِنِ اسْتَثْنَى جُزْءاً جَازَ مُطْلَقاً، وقِيلَ: كَالدَّرَاهِمِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ جُزْءَ الدِّينَارِ ذَهَبَ إِلَى الْقَضَاءِ أَوْ وَرِقٍ ....

كما لو باع بدينار إلا سدساً أو خمساً ونحو ذلك، فالمشهور: أنه يجوز مطلقاً بالنقد والأجل، بناءً على أن جزء الدينار ذهب فيقاصه.

والقول الثاني: لا يجوز في هذه الصورة إلا ما جاز في مسألة الدراهم، بناءً على أن جزء الدينار ورق، إذ لا يقضي القاضي عليه عند المناجزة إلا بالورق.

الْمُمَاثَلَةُ، وَلِطَلَبِ تَحَقُّقِهَا مَنْعُ بَيْعِ دِينَارٍ ودِرْهَمٍ أَوْ غَيْرِهِ بِدِينَارٍ ودِرْهَمٍ أَوْ غَيْرِهِ

لما فرغ من المناجزة أتبعها بالمماثلة، ولا شك في طلبها، ولأجل أنه لابد منها منع ما يوجب شكاً فيها، فلا يجوز أن يضاف إلى أحد النقدين جنس آخر كما مثل؛ خشية أن تكون الرغبة في أحد الدرهمين أكثر فيقابله من الجهة الأخرى أكثر من درهم، فيؤدي إلى التفاضل.

وقوله: (**أَوْ غَيْرِهِ**) أي: ثوب أو غيره من الطعام ونحوه.[٤٤٦/ ب]

فَأَمَّا دِرْهَمٌ بِنِصْفٍ فَمَا دُونَهُ أو فُلُوسٌ أَوْ طَعَامٌ، فَجَائِزٌ لِلضَّرُورَةِ، وبِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفٍ مُمْتَنَعٌ. وقِيلَ: لا يَجُوزُ إلا فِي أَقَلَّ مِنْ نِصْفٍ. وقِيلَ: لا يَجُوزُ إلا فِي غَيْرِ الْفُلُوسِ. وقِيلَ: لا يَجُوزُ بِحَالٍ وإِنْ قَلَّ ..

هذا مستثنى من القاعدة المذكورة، وعلل الجواز فيه بالضرورة. ومعنى المسألة: أن يعطي الإنسان درهماً فيأخذ بنصفه فلوساً أو طعاماً ويرد عليه النصف الآخر فضة. وذكر الشوشاوي، وأبو الحسن وغيرهما لهذه المسألة ستة شروط:

أولها: أن يكون في الدرهم الواحد؛ لأن الضرورة غالباً إنما تدعو إليه، فلا يجوز في أكثر ولا في دينار؛ لقول مالك في كتاب محمد: فيمن اشترى بثلث دينار قمحاً فدفع ديناراً وأخذ قطعة ذهب منقوشة أكره ذلك، وعلله اللخمي باختلاف بيع الدينار وكسره، بخلاف الدرهم وكسره.

الثاني: أن يكون في بيع وما في معناه كالإجارة، احترز به من القرض؛ لأنه لا ضرورة تدعوهم في القرض.

الثالث: أن يكونا مسكوكين.

الرابع: أن يكون المردود النصف فما دون، وأجاز أشهب ثلاثة أرباع.

الخامس: أن ينقد الجميع، وإن تأخر أحد العينين جرى على الخلاف في مسألة الدرهم والدرهمين إذا تأخر أحد العينين.

السادس: أن تكون السكة واحدة.

وزاد أبو الحسن **سابعاً**: وهو أن يكونا معروفي الوزن.

وثامناً: أن يكون في بلد لا فلوس فيها ولا خراريب ولا أرباع. وقد حكى المصنف في هذا الأخير الخلاف.

قوله: (**وبِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفٍ مُمْتَنَعٌ**) هكذا عبر المازري بالمنع، والذي في المدونة إنما هو الكراهة في رد الثلثين فضة، لكن كثيراً ما يعبر مالك عن الممنوع بالمكروه.

وقوله: (**وقِيلَ: لا يَجُوزُ إِلا فِي أَقَلَّ مِنْ نِصْفٍ**) لتحقق التبعية. وهذا القول في الموازية لابن القاسم وأشهب. وقيل: لا يجوز إلا في غير الفلوس؛ أي: إلا في غير بلد الفلوس، وأما في بلدها فلا يجوز أن يأخذ بنصف طعاماً وبنصف فضة؛ لأن الضرورة زالت لوجود الفلوس، ونسبه اللخمي لأشهب.

وهكذا مشى هذا القول الثالث الشارحون، ويمكن أن يمشى على أنه لا يجوز أن يأخذ مع النصف الفضة فلوساً، وإنما يأخذ طعاماً وما أشبهه؛ لأن الفلوس لما كانت تشبه النقد صارا نقدين في مقابلة نقد، وهذا القول لمالك في التعبية، لكن إنما قال في العتبية: لا أحب أن يأخذ بنصفه فلوساً ونصفه فضة، ولا بأس أن يأخذ بنصفه فضة ونصفه طعاماً، فعبر: بلا أحب، وكذلك عبر صاحب البيان بالكراهة. لكن كثر تعبيرهم عن الممنوع هنا بالكراهة، وقد نقله عياض بلفظ المنع عن الموازية، ولفظه: وأجاز في الموازية أن يأخذ بكسر الدرهم سلعة ويأخذ بباقيه درهماً صغيراً، ومنع ذلك في نصفه فلوساً ونصفه فضة، ورواه يحيى عن مالك، ووافقه عليه ابن القاسم في الموازية.

وأشار عياض وغيره إلى أن ما منعه أشهب -أعني: إذا كان في البلد فلوساً- وما أجازه إذا كان في البلد دراهم صغار متناقض، قال: وهو خلاف من قوله، ولا فرق بينهما.

وقيد ابن يونس المذهب بها إذا لم تكن الأنصاف والخراريب غالبة، وأما إن كانت غالبة فلا يجوز الرد بوجه.

قوله: (**وقِيلَ: لا يَجُوزُ بِحَالٍ**) هو لمالك في الموازية، واختاره **ابن عبد السلام**، قال: لأن الضرورة لم يثبت أن الشرع اعتبرها.

وفِي التِّبْرِ يُعْطِيهِ الْمُسَافِرُ دَارَ الضَّرْبِ وأُجْرَتَهُ ويَأْخُذُ وَزْنَهُ قَوْلانِ

هذا أيضا مستثنى مما تقدم؛ يعني: أنه اختلف في المسافر يأتي دار الضرب بفضة أو ذهب يدفعها إليهم ويدفع أجرتها ويأخذ وزن ما دفع مسكوكاً، والقولان لمالك.

أجازه في سماع ابن القاسم، وابن وهب، وقال ابن القاسم: أراه جائزاً للمضطر وذا الحاجة.

مالك: وقد عملت به الناس زمان بني أميه ويفعله أهل الورع. وبالمنع قال الأكثرون، وذكر ابن حبيب أنه سأل عن ذلك من لقي من المدنيين والمصريين فلم يرخصوا فيه بحال، ولهذا قال في البيان: والصواب عدم الجواز إلا مع الخوف على النفس الذي يبيح أكل الميتة. ابن حبيب: وأما الصائغ فلا يجوز معه ذلك قولاً واحداً.

واختلف قول مالك أيضاً في خلط ذهب الناس في الضرب بعد تصفيتها ومعرفة وزنها، فإذا خرجت أخذ كل بحسب ذهبه.

وكَذَلِكَ الزَّيْتُونُ بالزيت

أي: وكذلك اختلف في الزيتون يعطيه لأهل المعصرة ويأخذ قدر ما يخرج، والمنع هنا أقوى لوجهين: **أحدهما:** أن الضرورة هنا أضعف من الضرورة في التبر لكثرة المعاصر. **والثاني:** أن خروج الزيت مما يختلف.

وإذا بَيْع مُحَلَّى مباح مِنْ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِصِنْفِهِ، فَإِنْ كَانَ الْحُلِيُّ تَبَعاً جَازَ مُعَجَّلاً عَلَى الْمَشْهُورِ، وفِي الْمُؤَجَّلِ قَوْلانِ ....

هو أيضا مستثنى لأجل الضرورة الداعية إليه مع كونه جائز الاتخاذ؛ أي: إذا بيع شيء محلى بذهب أو فضة، وهو معنى قوله: (**مِنْ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ**) كمصحف أو سيف بصنفه، أي: كان محلى بفضة وبيع بفضة، أو بذهب وبيع بذهب فيجوز على المشهور، خلافاً لابن عبد الحكم بثلاثة شروط:

الأول: أن تكون الحلية تبعاً للمحلى، وإليه أشار بقوله: (**تَبَعاً**).

الثاني: أن تكون الحلية مباحة.

الثالث: أن تكون مسمرة على المحلى في نزعها ضرر، وإن لم يكن في نزعها ضرر فلا. قال الباجي: كالفصوص [٤٤٧/أ] المصوغ عليها، أو حلية المصحف المسمرة عليه، وحلية السيف المسمرة في حمائله وجفنه. وأما القلائد التي لا تفسد عند نظمها، فظاهر المذهب أنه لا تأثير لها في الإباحة، وبه قال ابن حبيب. وهذا الشرط أيضاً يؤخذ من كلام المصنف؛ لأنه لا يقال: محلى مع الانفصال.

وذكر **ابن راشد** عن المتأخرين قولين؛ بالجواز، والمنع إذا كان يغرم ثمناً في رد الحلية بعد فصلها.

وقال اللخمي: لم يختلفوا إذا كانت الحلية منقوشة وهي تبع له أنه لا يجوز أن يباع نصل السيف وحليته بجنسها نقداً ولا إلى أجل. قال: وأرى إذا كانت قائمة بنفسها صيغت ثم ركبت وسمرت أن يكون لها حكم المنقوض؛ لأنه ليس في ذلك أكثر من أنها سمرت بمسامير.

قوله: (**وفِي الْمُؤَجَّلِ قَوْلانِ**) **المازري**: المشهور المنع خلافاً لسحنون وأشهب. وهذان القولان مفرعان على المشهور، وإلا فابن عبد الحكم الذي يمنع في النقد بمنع المؤجل أولى، وفي مسألة التأخير قول ثالث لمحمد بالكراهة. إن قيل: لم أجازوا هنا ما لم يجيزوه في البيع والصرف؟ قيل: للضرورة إلى استعماله وللمضرة الحاصلة في نزعه. والله أعلم.

المتيطي: فإن بيع بصفة إلى أجل فسخ ورد، إلا أن يفوت بتفصيل حليته فيمضي ولا يرد، هذا مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها، وقال أشهب: يكره ابتداءً، فإن وقع مضى ولا يرد.

وإِنْ لَمْ يَكُنْ تَبَعاً لَمْ يَجُزْ

يعني: وإن لم تكن الحلية تبعاً لم يجز بيعه بصنف حليته نقداً ولا إلى أجل؛ لعدم تحقق التماثل.

فَإِنْ بِيعَ بِغَيْرِ صِنْفِهِ، فَإِنْ كَانَ تَبَعاً جَازَ مُعَجَّلاً، وفِي الْمُؤَجَّلِ قَوْلانِ

كما لو كان محلاً بفضة وبيع بذهب، ولا خفاء في الجواز مع النقد إذا كان تبعاً؛ لأن الصرف غير مقصود، والمشهور من القولين في المؤجل: المنع خلافاً لسحنون.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَبَعاً جَازَ مُعَجَّلاً فَقَطْ

أي: وإن بيع بغير صنفه والحلية ليست تبعاً جاز معجلاً. وظاهر كلامه: أنه لم يختلف فيه كما في البيع والصرف، ولعله لعدم انفكاك أحدهما عن الآخر. وظاهر كلام اللخمي: أنه يجري فيه ما جرى في البيع والصرف.

والتَّبَعُ: الثُّلُثُ. وقِيلَ: دُونَهُ. وقِيلَ: النِّصْفُ

الأول: هو المذهب. **والثاني**: خرجه ابن بشير مما قيل في المذهب أن الثلث كثير. والقول بتبعية النصف مشكل؛ لأن النصف لا يكون تبعاً لنصف آخر، لكن استدل له

بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ قُمِ ٱلَّيۡلَ إِلَّا قَلِيلٗا * نِّصۡفَهُۥٓ أَوِ ٱنقُصۡ مِنۡهُ قَلِيلًا ﴾ [المزمل:٢-٣]

وهذا القول حكاه الباجي عن بعض العراقيين، وخرجه الباجي أيضا من إجازتهم الشراء بنصف درهم ورد نصف درهم.

ويُعْتَبَرُ بِالْقِيمَةِ. وقِيلَ: بِالْوَزْنِ مَعَ قِيمَةِ الْمُحَلَّى

سببها، هل تعتبر الصياغة أم لا ؟ ومعنى كلامه: أنا إذا بنينا على المشهور من أن التبع الثلث، أو على غيره من الأقوال، فهل يعتبر التبع بالقيمة أو بالوزن فقط؟ فإن كان وزن الحلية عشرين، ولصياغتها تساوي ثلاثين، وقيمة النصل أربعين، جاز على الثاني دون الأول. والقول باعتبار القيمة هو ظاهر الموطأ والموازية، قاله ابن يونس. والثاني: ذكر الباجي أنه ظاهر المذهب قياساً على النصاب في السرقة والزكاة.

ورد ابن بشير: بأن من أصلنا التحريم بالأقل، وأما السرقة والزكاة فإنها رتب النصاب فيهما على الوزن. وما قلنا: من أنه تنسب قيمة الحلية مصوغة أو وزنها غير مصوغة إلى مجموع المبيع، فإن كانت ثلثه جاز، هو المذهب الذي قاله الناس كما في بياض المساقاة. ونسبها ابن بشير إلى قيمة المحلى، فإن كانت ثلث ذلك جاز وإلا امتنع، وليس كذلك؛ لأنه إذا نسبت إلى النصل والجفن مثلاً فكانت ثلثها كانت ربع الجميع.

والثَّوْبُ الَّذِي لَوْ سُبِكَ خَرَجَ مِنْهُ عَيْنٌ كَالْمُحَلَّى، وإِنْ لَمْ يَخْرُجْ فَقَوْلانِ

يعني: والثوب الذي نسج فيه أو طرز بالذهب أو الفضة إن كان يخرج منه لو سبك عين فَأَجْرِهِ على ما تقدم في المحلى، وإن لم يخرج كالورقة فللأشياخ قولان بناءً على استهلاكه أو قيام صورته.

وَالْحُلِيُّ مِنَ النَّقْدَيْنِ وَحْدَهُ، أَوْ مَعَ سِلْعَةٍ مُمْتَنِعٌ بِعَيْنِ أَحَدِهِمَا اتِّفَاقاً

أي: إذا كان المحلى مصوغاً من الذهب والفضة، سواء بيع وحده أو مع سلعة وليس أحدهما تبعاً. وحذف المصنف ذلك اكتفاء بذكر التبعية في قسيمه، فلا يجوز بيعه بواحد من الصنفين اتفاقاً؛ لأنه إذا امتنع بيع سلعة وذهب بذهب فأحرى بيع فضة وذهب بذهب.

فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا تَبَعاً لَمْ يَجُزْ بِصِنْفِ الأَكْثَرِ، وفِي صِنْفِ التَّبَعِ قَوْلانِ

أي: فإن كان الذهب تابعاً للفضة أو العكس لم يجز بيع ذلك بصنف المتبوع. واختلف في بيعه بصنف التابع، ومذهب المدونة: أنه لا يباع به. وفي الموازية: وما حلي بذهب وفضة، قال ابن القاسم عن مالك: فليبع بأقلهما إن كان الثلث فدون يداً بيد، وإن تقاربا بيع بالعروض أو الفلوس. ثم رجع مالك، فقال: لا يباع بورق ولا بذهب على حال، وبهذا أخذ ابن القاسم. وبالجواز أخذ ابن زياد، وأشهب، وابن عبد الحكم.

وأورد ابن عبد السلام على المصنف: أنه ذكر إذا لم يكن أحدهما تابعاً للآخر الاتفاق على أنه لا يجوز بيعه بأحدهما. قال: وليس كذلك؛ لأن ابن حبيب أجاز بيعه بكل واحد من النقدين إذا كان مجموعهما تبعاً للسلعة، سواء كان أحدهما تبعاً للآخر أو لا إذا كان نقداً، قاله في الواضحة. بل قال اللخمي: ولم يختلف في المحلى يكون فيه ذهب وفضة، ولؤلؤ وجوهر، والذهب والفضة الثلث فأقل، واللؤلؤ والجوهر الثلثان فأكثر، أنه يباع بأقل من ذلك كالسيف. وقال صاحب الإكمال: [٤٤٧/ ب] فإن كان فيهما عرض وهما الأقل بيع بأقلهما قولاً واحداً.

وَالتَّبَعِيَّةُ بِالْقِيمَةِ، وقِيلَ بِالْوَزْنِ

القولان كالقولين المتقدمين.

وَالْمَغْشُوشُ: مُقْتَضَى الرِّوَايَاتِ جَوَازُ بَيْعِهِ بِصِنْفِهِ الْخَالِصِ وَزْناً؛ لأَنَّهُ كَالْعَدَمِ، وقِيلَ: لا يَجُوزُ ....

والمغشوش: خلط جسم بجسم حتى لا يمكن التمييز بينهما. والظاهر أنه لا يريد بالروايات هنا أقوال مالك، وإن كان ذلك الاصطلاح، وإنما أراد منصوصات المذهب. ومعنى كلامه: أنه يؤخذ من روايات المذهب جواز إبدال المغشوش بالخالص وزناً. والجواز حكاه ابن شعبان. وحكى في البيان القولين صريحين، قال: والصحيح عدم الجواز لعدم التماثل. ولم يقم دليل على تقديرهم الغش في القول الأول كالعدم، لكن الأول هو الذي يؤخذ من كلام ابن القاسم في المدونة وكلام غيره، وذلك هو الذي أشار إليه المصنف بالروايات، ولقول ابن القاسم: ولا يعجبني بيع الدرهم الرديء -وهو الذي عليه النحاس- بدرهم فضة وزناً بوزن ولا عرض؛ لأن ذلك داعية إلى إدخال الغش في أسواق المسلمين، لكن يقطعه ويجوز حينئذ بيعه إذا لم يكن يغر به ولم يكن يجري بينهم. فقول ابن القاسم: يقطعه وحينئذ يجوز بيعه. يقتضي جواز بيعه بصنفه الخالص؛ لأنه إنما منعه أولاً للغش وقد انتفى الغش. قال في المدونة، وقال أشهب: إن رد لغش فيه لم أر أن يباع بعرض ولا فضة حتى يكسر.

وإذا تقرر هذا علمت أنهم إنما تكلموا في المغشوش الذي لا يجري بين الناس، ويؤخذ من كلامهم جواز بيع المغشوش بصنفه الخالص إذا كان يجري بين الناس كما بمصر عندنا، والأقرب حمل كلام المصنف على هذه الصورة لا على الأولى، وهو ما أرداه المصنف بالروايات، ويجوز بدله على وجه الصرف بدراهم جياد وزناً بوزن، وهو يشبه البدل.

وقال صاحب النكت، وابن يونس: وقول أشهب وفاق لقول ابن القاسم، ومراد أشهب بعد كسره، وظاهر قول أشهب جواز بدل المغشوش بالخالص ولو كثر مراطلة. وأبقاه ابن محرز وغيره على هذا الظاهر، وتأوله ابن الكاتب واللخمي على أنه إنما يجوز

عنده في القليل؛ الدرهمين والثلاثة؛ لقوله: كالبدل. ورد بأن قوله: وزناً بوزن. ينافي ذلك؛ لأن المبادلة لا يراعى فيها القدر بالوزن وإنما الاعتبار بالعدد. وتردد أبو عمران في قول أشهب هل هو وفاق لقول ابن القاسم أم لا؟

وَكَذَلِكَ الْمَغْشُوشُ بِالْمَغْشُوشِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: وكذلك تجوز مراطلة المغشوش بمغشوش مثله. **ابن عبد السلام**: ولعل هذا مع تساوي الغش، وأما مع اختلافه فلا. انتهى.

وذكر صاحب البيان عن شيخه ابن رزق: أنه لا يجوز بدل المغشوش بالمغشوش؛ لأنه فضة أو ذهب ونحاس بذهب ونحاس. قال: ولا أقول به، بل أرى ذلك جائزاً؛ لأن الفضة التي مع هذه كالتي مع هذه والنحاس كالنحاس، فلا يتقى في هذا ما يتقى في ذهب وفضة منفصلين بذهب وفضة منفصلين.

وَيُكْسَرُ الزَّائِفُ إِنْ أَفَادَ وَإِلا سُبِكَ

أي: إن أمن مع قطعه أن يغش به، وإن لم يؤمن فلابد من سبكه. قال في البيان: ولا يحل أن يغش بها أحداً ولا أن يبيعها ممن يغش بها، ويكره أن يبيعها ممن لا يأمن أن يغش بها كالصيارفة. واختلف في بيعها ممن لا يدري ما يصنع بها، فأجازه ابن وهب وجماعة من السلف، وكرهه ابن القاسم ورواه عن مالك. ويجوز أن تباع ممن يكسرها أو ممن يعلم أنه لا يغش بها باتفاق. فإن باعها ممن يخشى أن يغش بها فليس عليه إلا الاستغفار. وإن باعها ممن يعلم أنه يغش بها وجب عليه أن يستردها، فإن لم يقدر فثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يجب عليه أن يتصدق بجميع الثمن.

والثاني: أنه لا يجب عليه أن يتصدق إلا بالزائد على قيمتها لو باعها ممن لا يغش بها.

والثالث: لا يجب عليه أن يتصدق بشيء منها ولكنه مستحب.

وَيُعْتَبَرُ الرِّبَا بَيْنَ السَّيِّدِ وَعَبْدِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: لا يجوز بين السيد وعبده ربا الفضل ولا ربا النساء. والشاذ لابن وهب؛ إما لأن العبد لا يملك، أو لأن السيد قادر على الانتزاع. وينبغي أن يقيد هذا بمن له انتزاع ماله ليخرج المكاتب ونحوه؛ ولهذا قالوا: إن كان على العبد دين لم تجز مراباته اتفاقاً. بعض المتأخرين: إلا أن يلتزم السيد الدين فالخلاف، وليس هذا خاصاً بالربا، بل يجري في فسخ الدين، وضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك، وما أشهبه.

وَالْمُرَاطَلَةُ: لَقَبٌ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ بِمِثْلِهِ وَزْناً

اعلم أن العين إن بيع بعين مخالف سمي صرفاً، وإن بيع بمماثل سمي مماثلة، فإن كان وزناً سمي مراطلة، وإن كان عدداً سمي مبادلة. والمراطلة: مفاعلة، ومعناها: موازنة ذهب بذهب حتى كأن أحدهما رطل وزن به الآخر.

والظرفية بـ (في) مجاز؛ أي: مستقرة في بيع العين بمثله وزناً، ويحتمل أن يكون (في) بمعنى (على). واعترضه **ابن عبد السلام** بأن هذا الحد غير مانع لدخول ما ليس بمراطلة في اصطلاح الفقهاء فيه، وهو بيع الفضة بالذهب مثلاً. قال: ولا يصح أن يريد بالمثلية النوع؛ لأن (**وزناً**) تمييز لتلك المثلية.

وقد يجاب عنه: بأن (وزناً) حال، و(بمثله) صفة لمحذوف يدل عليه ما تقدم؛ أي: بعين مثله حال كونه موازنة. والمراطلة جائزة في غير المسكوك بلا إشكال، وكذلك المسكوك على الصحيح، وهو قول أبي عمران، وأبي بكر بن عبد الرحمن وغيرهما، وعليه حمل عياض المدونة، [٤٤٨/ أ] ومنع ذلك القابسي إلا بعد معرفة وزنه؛ لئلا يؤدي إلى بيع المسكوك جزافاً، وإليه يرجع كلام الباجي.

ابن يونس: والأول هو الصواب، إذ لا غرر فيه؛ لأنه إنما يأخذ مثل ذهبه أو دراهمه.

عياض: وعلى قول القابسي إذا كانت عدداً فلابد من معرفة عدد الدراهم من الجهتين أو الدنانير بخلاف الوزن؛ لأن معرفة وزن أحدهما معرفة لوزن الآخر، بخلاف معرفة العددي إلا في مثل القائمة وشبهها، المعروف اتفاق وزنها وعددها، فمعرفة ما في الكِفَّةِ الواحدة منها معرفة لما في الأخرى من وزن أو عدد.

فَإِنْ كَانَا سَوَاءً، أَوْ أَحَدُهُمَا أَجْوَدُ جَازَ اتِّفَاقاً، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا بَعْضُهُ أَجْوَدُ وَبَعْضُهُ أَدْنَى، امْتُنِعَ وِفَاقاً ....

أي: فإن كان الذهبان أو الفضتان متساويين في الجودة أو كان أحدهما أجود جاز اتفاقاً؛ لانحصار الفضل في جهة.

وقاعدة هذا ونحوه: أنه مهما تمحض الفضل من جانب جاز؛ لانتفاء قصد المكايسة، وإن دار الفضل من الجانبين امتنع اتفاقاً لقصد المكايسة كما قال.

وإن كان أحدهما بعضه أجود وبعضه أدنى امتنع اتفاقاً، مثاله: لو كان لأحدهما درهم أسكندري ودرهم مغربي وللآخر درهمان مصريان؛ لأن صاحب المصريين إنما ترك جودة مصرية الواحد بالنسبة إلى الأسكندري لجودة درهم الآخر المغربي على جودة المصري فيحصل التفاضل متقابلاً.

ابن المواز: وقد خفف مالك في القطعة من الذهب تجعل مع الجيد من المالين ليعتدل الميزان فيها ثمن أو سدس أو ثلث إذا لم يغْتنِ بها فضل عيون التي معها.

وظاهره أنه قيد المنع بما إذا كان الرديء الذي مع الجيد كثيراً، لكن قال محمد بإثر هذا الكلام: ما لم تكن القطعة رديئة.

مالك: وإن كان فيها قدر الدينار لم يجز، إلا أن يكون مثل المفردة فأجود.

فرع:

ابن يونس وغيره: ولا يجوز إذا رجح ذهب أحدهما أن يترك ذلك ولا أن يأخذ عنه شيئاً.

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا بَعْضُهُ أَجْوَدُ وَبَعْضُهُ مُسَاوٍ، جَازَ خِلافاً لِسَحْنُونٍ

مثاله: درهمان مغربيان في مقابلة درهم مغربي ودرهم مصري، فالمذهب الجواز لتمحض الفضل. ورأى سحنون أن الدنيء قد يقصد لشيء فيه، فيبقى قصد المكايسة.

وثبت هنا في بعض النسخ ما نصه:

قَاسَهَا عَلَى مُدَّيْ شَعِيرٍ بِمُدٍّ قَمْحٍ وَمُدٍّ شَعِيرٍ، لِلذَّرِيعَةِ

أي: أن سحنوناً قاس المنع في هذه الصورة على ما منعه مالك وابن القاسم في صورة الطعام، وإن كان ابن حبيب أجاز مدي قمح بمد قمح ومد شعير. والجامع بينهما عند سحنون ما ذكره من الذريعة إلى التوسل للتفاضل؛ لأنهما لم يتبايعا على هذا الوجه إلا لغرض لهما في المكايسة، إذ لو كان الغرض المكارمة بالأجود لباعه بالأدنى ولم يخلط المساوي، فخلطهما دليل على قصد المبايعة. وفرق اللخمي بأن الذهب يساوي ما كان منه من سكة واحدة قطعاً، بخلاف الطعام فإن الأغراض تختلف فيه.

ابن عبد السلام: وبقي عليه إذا كان بعضه أردأ وبعضه مساوٍ، فأجازها أيضاً ابن القاسم ومنعها سحنون.

خليل: وفيه نظر؛ لأنه إذا كان بعضه أجود وبعضه مساو لزم ببديهة العقل أنه من الجانب الآخر؛ أحدهما أدنى والآخر مساو - وهو واضح - فليس هما صورتين بل صورة واحدة، والله أعلم. و(بعضه) يحتمل أن يكون مرفوعاً على الابتداء، و(أجود) خبره، ويحتمل أن يكون بدلاً من أحدهما فينصب أجود خبراً لكان.

والْوَزْنُ بِصَنْجَةٍ جَائِزٌ، وقِيلَ: فِي كِفَّتَيْنِ

الصنجة - بفتح الصاد -: لفظ عربي، قاله الجوهري. **ابن السكيت**: ولا يقال سنجة. الجوهري: وكل ما استدار سمي كِفة -بكسر الكاف- ككفة الميزان وكفة الصائد وهي حبالته. ويقال أيضا: كَفة بالفتح.

وظاهر كلام المصنف: أن الخلاف في الجواز، وليس كذلك بل لا خلاف في جوازها، وإنما الخلاف في الأرجح. فقيل: الأول أرجح، وهو أن يزن أحدهما ثم يزن الآخر بالصنجة التي وزن بها الأول ليتحقق التماثل، سواء كان في الميزان عيب أو لا، وإليه ذهب صاحب البيان.

وقيل: الثاني أرجح، وهو أن يضع هذا ذهبه من ناحية والآخر ذهبه من الناحية الأخرى لسرعة التناجز.

وفِي اعْتِبَارِ زِيَادَةِ السَّكَّةِ والصِّيَاغَةِ كَالْجَوْدَةِ طَرِيقَانِ: الأُولَى ثَالِثُهَا الصِّيَاغَةُ خَاصَّةً ....

قد تقدم أن الجودة يدور بها الفضل من الجانبين ولا خلاف في ذلك. واختلف هل تعتبر السكة والصياغة كالجودة على طريقين.

الأولى: فيها ثلاثة أقوال؛ **الأول**: يعتبران؛ لأن الغرض يتعلق بهما كالجودة، كالعرضين مع التعيين، وهو الظاهر.

الثاني: لا يعتبران؛ لأن الشرع إنما طلب المساواة في القدر خاصة، وهو منقوص بالجودة، وهو قول القابسي، واختاره ابن يونس.

ابن عبد السلام: وفهم الأكثرون المدونة عليه، ومنهم من تأولها على الأول.

الثالث: اعتبار الصياغة دون السكة؛ لأن الصياغة مقصودة لنفسها دون السكة، فإن المقصود فيها إنما هو العلامة.

الثَّانِيَةُ: تَقْيِيدُ الأَقْوَالِ بِاتِّحَادِ الْعِوَضَيْنِ واعْتِبَارِهِمَا إِذَا اخْتَلَفَ الْعِوَض

يعني: أن أصحاب الطريقة الثانية يرون أن الخلاف المذكور إنما هو إذا اتحد العوضان، وأما إن اختلفا حتى يقوى اختلاف الأغراض فيهما فيتفق على اعتبارهما إلحاقاً بالجودة. وهكذا نقله ابن شاس وعليه مشاه **ابن راشد** وغيره، وعكس **ابن عبد السلام** هذا التقييد [٤٤٨/ ب] ولعله سهو.

الْمُبَادَلَةُ لَقَبٌ فِي الْمَسْكُوكَيْنِ عَدَداً

أي: لقب في بيع المسكوكين عدداً بشرط اتحاد النوع.

وهِيَ جَائِزَةٌ فِي الْعَدَدِيِّ دُونَ الْوَزْنِيِّ

يعني: فلا تجوز إلا في الدنانير والدراهم إذا كان التعامل بها عدداً، وهو مراده بالعددي. أما لو كان التعامل بها وزناً لم يجز إلا بالوزن فتعود مراطلة، وكان الأصل منعها؛ إلا أنهم رأوا أنه لما كان التعامل بالعدد أن النقص يجري مجرى الرداءة والكمال يجري مجرى الجودة؛ ولأنه لما كان النقص حينئذ لا ينتفع به صار إبداله معروفاً، والمعروف يوسع فيه ما لم يوسع في غيره، وبخلاف التبر وشبهه. ولا يقال هذا تكرار مع الأول؛ لأن الأول أفاد أن المبادلة بيع مسكوك بمسكوك عدداً، وهو أعم من أن يكون التعامل في ذلك المسكوك وزناً وعدداً، والثاني أفاد اشتراط أن يكون التعامل بينهم فيه بالعدد لا بالوزن.

اللخمي: ويشترط في الجواز أن تكون السكة واحدة.

ويَجُوزُ إِبْدَالُ الْقَلِيلِ بِأَوْزَنَ مِنْهُ يَسِيراً لِلْمَعْرُوفِ والتَّعَامُلُ بِالْعَدَدِ

أي: إذا كان التعامل بينهم بالعدد جاز بدل الناقص بالوازن، بشرط أن يكون ذلك في القليل وأن يكون دافع الأكثر قصد المعروف في حال كون التعامل بالعدد. ورأوا أن قصد المعروف يخصص العمومات كما في القرض، ألا ترى أن بيع الذهب بالذهب نسيئة ممتنع، فإذا كان على وجه القرض جاز.

واحترز بالقليل من الكثير فلا يعتبر ذلك، وبالوزن من الزيادة في العدد فلا يجوز، وباليسير مما لو كان أوزن منه كثيراً؛ لأن اليسير هو الذي يسمح به في العادة غالباً، فلذلك قصروا الجواز على الرجحان اليسير في العدد اليسير.

والثَّلاثَةُ قَلِيلٌ، والسَّبْعَةُ كَثِيرٌ، وفِيمَا بَيْنَهُمَا قَوْلانِ

أي: فلا يجوز بدل سبعة بأوزن منها؛ لزيادتها على ضعف أقل الجمع، ويجوز ذلك في الثلاثة اتفاقاً لأنها أقل الجمع. ومذهب المدونة فيما بينهما على ما في الأمهات الجواز، فإنه أجاز له أن يبدله ستة تنقص سدساً بستة وازنة على المعروف، والقول الآخر في الموازية. وأصلح سحنون المدونة عليه، وجعل موضع الستة الثلاث.

ومن شرط المبادلة أن تكون بلفظ المبادلة وأن تكون بغير مراطلة، وأن تكون واحداً بواحد احترازاً من واحد باثنين.

والْيَسِيرُ: سُدُسٌ فِي الدِّينَارِ، وقِيلَ: دَانِقَانِ

الدانقان: الثلث. وفي الجواهر: الدانق: السدس.

والأَنْقَصُ أَجْوَدُ مُمْتَنَعٌ بِاتِّفَاقٍ

أي: لا يجوز أن يبدل الناقص الأجود بالأكمل الأردأ اتفاقاً؛ لدوران الفضل من الجهتين.

وَإِلاَّ فَجَائِزٌ بِاتِّفَاقٍ

أي: وإن لم يكن الأنقص أجود بل كان مساوياً جاز؛ لتمحض الفضل من جهة واحدة.

وأورد **ابن عبد السلام** إذا كان الأوزن أجود فإن كلامه يدل على أنه متفق عليه، ونص الباجي على أنه مختلف فيه.

وأجيب بأنه لما لم يكن بين الأزيد والأجود سكة وبين الأزيد والأجود جوهراً فرق اكتفى بذلك الخلاف.

وَالأَزْيَدُ أَجْوَدُ سَكَّةً جَائِزٌ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، مُمْتَنِعٌ عِنْدَ مَالِكٍ، وَهُوَ مُشْكِلٌ، وَعُلِّلَ بِأَنَّ السِّكَكَ يَخْتَلِفُ نِفَاقُهَا فَيُمْتَنَعُ كَمَا مُنِعَ الْقَمْحُ عَنِ الشَّعِيرِ قَبْلَ الأَجَلِ فِي الْقَرْضِ ....

يعني: أن ابن القاسم أجاز بدل الأوزن الأجود سكة كضرب ملك الوقت لتمحض الفضل من جهة، ومنعه مالك وربيعة، واستشكل لانحصار الفضل من جهة.

وعلل أبو الطيب ابن خلدون قول الإمام بأن السكك تختلف فيها أغراض الناس بحسب البلدان والأزمان، فربما كان الأدنى في بلد أو في زمان أنفق فلا يتمحض الفضل.

وقاس المصنف ذلك على منع اقتضاء القمح عن الشعير قبل الأجل في القرض وإن كان القمح أفضل؛ لأن الشعير قد يرغب فيه في وقت أو بلد. وعللها القابسي بأن الأصل منع التفاضل بين الذهبين. فخص الإجماع ببدل الناقص بالوازن من سكة واحدة وبقاء ما سواه على الأصل.

وَالْقَضَاءُ بِالْمُسَاوِي، وَالأَفْضَلُ صِفَةً جَائِزٌ

القضاء: أداء الدين، ثم لا يخلو أن يكون عن قرض أو عن ثمن مبيع. والكلام الآن على الأول، وأما الثاني فسيأتي، ولا شك في جواز التساوي.

وأما الأفضل صفة، فالأصل في جوازه ما في الصحيح: **أنه عليه الصلاة والسلام استسلف بكراً فقدمت عليه إبل من الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكراً، فرجع إليه وقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً، فقال: أعطه إياه إن خير الناس أحسنهم قضاء.** ولهذا أجاز أصحابنا إذا كان التعامل بالعدد لمن استسلف عشرة دراهم ناقصة أو أنصافاً يقضيه عشرة دراهم كاملة بغير خلاف. فإن قيل: لا دلالة فيه لأنه عليه الصلاة والسلام اقترضه للمساكين، وإلا فلو اقترضه لنفسه لما أعطاه من الصدقة لكونها لا تحل له، وعلم صلى الله عليه وسلم أن المقرض مسكين فأعطاه الزيادة لفقره.

قيل: التعليل ينافيه، لكن قد يقال: ظاهر التعليل يقتضي جواز الزيادة في الوزن والعدد. فإن قلت: زيادته صلى الله عليه وسلم رخصة والأصل عدمها، ولا يصح القياس على الرخص على الصحيح. قيل: لم نتمسك بالقياس وإنما تمسكنا بعموم النص. والله أعلم.

وبِالأَفْضَلِ مِقْدَاراً، لا يَجُوزُ إِلا فِي الْيَسِيرِ جِدّاً، وقَالَ أَشْهَبُ: مُطْلَقاً

أي: فإن قضاه أجود قدراً فلا يجوز إلا أن تكون الزيادة يسيرة جداً، كما قال ابن المواز، مثل رجحان الموازين. [٤٤٩/ أ] وقال أشهب: تجوز الزيادة اليسيرة؛ أي: مطلقاً، سواء كانت الزيادة اليسيرة مقيدة بحد أو لا.

وكذا نقل اللخمي، والمازري، وابن يونس، وابن شاس وغيرهم عن أشهب، وإنما نقلوا في الزيادة مطلقاً كثيرة كانت أو قليلة الجواز عن عيسى بن دينار وابن حبيب، وفسر أشهب في الموازية الزيادة اليسيرة بزيادة إردب أو إردبين في المائة، أو درهم أو درهمين فيها. وهذا تقييد زيادة في القول الأول كما ذكرناه.

وقوله: (**وبالأفضل مِقْداراً**) يريد في الوزن، وأما الأفضل عدداً فلا، وإن كان ظاهر لفظه يتناوله؛ لأن المشهور لا تجوز الزيادة في العدد. قال في الرسالة: ومن رد في القرض أكثر عدداً في مجلس القضاء، فقد اختلف في ذلك إذا لم يكن فيه شرط ولا وأي ولا عادة إلى أن قال: فأجازه أشهب وكرهه ابن القاسم ولم يجزه. وظاهره أنه يجوز عند أشهب مطلقاً، وقد يتمسك بهذا في أن أشهب يجيز زيادة القدر مطلقاً؛ لأنه إذا جاز في العدد فأحرى في الوزن. لكن نقل ابن زرقون قول أشهب وبين فيه أن أشهب إنما يجيز الزيادة اليسيرة في العدد.

وبالأَقَلِّ صِفَةً ومِقْدَاراً جَائِزٌ بَعْدَ الأَجَلِ مُمْتَنِعٌ قَبْلَهُ

جاز بعد الأجل لأنه حسن اقتضاء، ومنع قبله لأنه ضع وتعجل.

فَإِنْ كَانَ الْفَضْلُ فِي الطَّرَفَيْنِ مُنِعَ وِفَاقاً كَالْمُرَاطَلَةِ

مثاله: لو اقتضى تسعة محمدية عن عشرة يزيدية، فإنه يمنع سواء كان بعد الأجل أو قبله؛ لأنه ترك فضل العدد لفضل المحمدية وهو ظاهر.

وثَمَنُ الْمَبِيعِ مِنَ النُّقُودِ كَالْقَرْضِ

يعني: أن من باع سلعة بدنانير أو بدراهم أو بعين غير مسكوكة، فإنه يعتبر في قضاء ثمن تلك السلعة مما يجوز ويمتنع ما اعتبر في قضاء القرض إلا ما خصصه من جوازه بأكثر. واعترضه **ابن عبد السلام** بأن إطلاقه القضاء في القرض وتخصيصه ثمن المبيع بالنقود لا يصح؛ لإيهامه عموم حكم القرض بالنسبة إلى العين والطعام وخصوص الثمن بالنقود، وليس كذلك، بل هما متساويان. ورد بأن تخصيص المصنف صواب؛ لأن قضاء الأفضل قبل الأجل في البيع ممتنع، سواء كان عرضاً أو طعاماً؛ لما فيه من حط الضمان وأزيدك قولاً واحداً، بخلاف القرض فإنه جائز إلا أن يكون الفضل في

النوعية، كأخذ سمراء عن محمولة قبل الأجل فيه خلاف في المدونة وغيرها. فقد تبين الاختلاف في الطعام إذا كان ثمناً وإذا كان قرضاً، فلهذا خصصه المصنف بالنقود كابن بشير وابن شاس.

وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي جَوَازِهِ بِأَكْثَرَ مِقْدَاراً

لأنه حسن قضاء، وفي القرض سلف جر منفعة فافترقا.

وَالسِّكَّةُ وَالصِّيَاغَةُ فِي الْقَضَاءِ كَالْجَوْدَةِ اتِّفَاقاً

يعني: أن حكمهما إذا كانا في مقابلة التبر والقراضة حكم الجودة بالاتفاق، فحيث يمتنع فيها يمتنع هنا. **مثاله**: لو كان عنده عشرة مسكوكة أو مصوغة فاقتضى عنها عشرة تبراً أطيب.

ابن راشد: وإنما اتفقوا على اعتبارهما في القضاء واختلف فيهما في المراطلة؛ لأن المراطلة لم يجب لأحدهما قبل الآخر شيء فيتهم في ترك الفضل لأجل ما أخذ، وهاهنا قد وجب له أخذ ذهب مسكوك أو مصوغ، فإذا أخذ عنه تبراً أجود فيتهم أن يكون ترك فضل السكة أو الصياغة لفضل الجودة.

والاتفاق الذي حكاه المصنف إنما هو فيما بين المسكوك أو المصوغ والتبر لا فيما بين المصوغ والمسكوك؛ لأنه اختلف في جواز اقتضاء المسكوك من المصوغ على قولين حكاهما **ابن عبد السلام** وغيره.

وَخَرَّجَ اللَّخْمِيُّ مِمَّا إِذَا بَاعَ أَوْ أَسْلَفَ قَائِمَةً وَزْناً جَازَ أَنْ يَقْضِيَ مَجْمُوعَةً وَزْنَهَا إِلْغَاءَهُمَا، وَرَدَّهُ ابْنُ بَشِيرٍ بِأَنَّ التَّعَامُلَ بِالْوَزْنِ يُلْغَى مَعَهُ الْعَدَدُ ....

يعني: وخرج اللخمي إلغاء السكة والصياغة من مسألة المدونة، وهي: إذا باع قائمة بالوزن أو أسلف قائمة بالوزن جاز أن يأخذ مجموعة بوزنها؛ لأنه قد ألغى الجودة، إذ لو

اعتبرها لمنع اقتضاء المجموعة من القائمة؛ لأن القائمة فضلت المجموعة بالجودة، والمجموعة فضلتها بالعدد. و(**إِلْغَاءَهُمَا**) مفعول خرج، و(**قَائِمَةً**) يتنازعه: باع وأسلف وأعمل فيه أسلف، و(**وَزْناً**) حال.

واعترض **ابن عبد السلام** التخريج بأن دوران الفضل إنما يكون حيث يكون في كل منهما ما ليس في الآخر وليس هنا كذلك، إذ القائمة والمجموعة مشتركتان في السكة. ولئن سلم هذا التحريم في السكة فلِمَ قلت: إنه يلزم مثله في الصياغة، فإن الأمر فيها أشد عند بعضهم كما تقدم. ورد بوجهين.

الأول: بأن الجهتين هنا كما ذكرنا.

والثاني: بأنه إنما يرد لأجل أن المصنف لم يذكر الصورة التي خرج منها اللخمي إلغاء الصياغة، ولو ذكرها لم يأت. وهي: من أصدق زوجته مائة دينار ثم قضى وزنها من الحلي، فمنع ذلك في الموازية، قال فيها: ويفسخ إن وقع؛ لأن الدنانير لها فضل السكة وليس ذلك للحلي، وللحلي فضل الصياغة وليس ذلك للدنانير. وأجاز ذلك في مختصر ابن عبد الحكم، بناء على إلغاء الصياغة والسكة، وعلى ذلك خرج اللخمي.

ورد ابن بشير تخريج اللخمي بأن العدد يعتبر إذا كان التعامل به، وأما إذا كان التعامل بالوزن فلا؛ لأن العدد حينئذ مطرح، لأنها لما ترتبت في الذمة بالوزن فلم يدخل إلا عليه.

ابن عبد السلام: وهذا الرد ضعيف؛ لأنه غير محل النزاع، لأن كلام اللخمي إنما هو في السكة والصياغة لا في العدد. ورد بأن اللخمي استقرأ إلغاء السكة بناء على اعتبار العدد؛ لأن الفضل إنما يدور من جهتين إذا كان العدد معتبراً، فرده ابن بشير بأن العدد هنا غير معتبر فلم يدر الفضل من جهتين. لكن صورة الموازية والمختصر لا يتصور [٤٤٩/ ب] فيهما هذا الرد.

وَلَوْ قُطِّعَتِ الْفُلُوسُ، فَالْمَشْهُورُ الْمِثْلُ

أي: لو باعه بفلوس أو أسلفه فلوساً فقطع التعامل بها، فالمشهور أنه لا يلزمه إلا مثلها؛ لأنها من المثليات. وذكر ابن بشير أن الأشياخ حكوا عن كتاب ابن سحنون أنه يقضي بقيمتها، وظاهره بقيمة الفلوس. لكن حكى بعضهم عن كتاب ابن سحنون أنه يتبعه بقيمة السلعة، وعلى هذا فالشاذ في كلامه متنازع في معناه. لكن ذكر المازري عن شيخه عبد الحميد أنه أوجب قيمة الفلوس؛ لأنه أعطى شيئاً منتفعاً به لأخذ منتفع به فلا يظلم بأن يعطى ما لا منفعة فيه. وألزمه اللخمي عليه أن لمن أسلم في طعام ثم صار الطعام لا يساوي شيئاً له قدر أن يبطل السلم.

وأجاب المازري بأن الأصل في السلم ألا يجوز؛ لأنه بيع ما ليس عندك، ولكن رخص فيه لأجل الرفق، والارتفاق الذي هو سبب الرخصة إنما هو اختلاف الأسواق، ولهذا لم يجز مالك السلم الحال، فلو أثر اختلاف الأسواق في فسخه وهو السبب في جوازه وصحته لكان كالمتناقض بخلاف الدراهم والدنانير.

فَلَوْ عُدِمَتْ فَالْقِيمَةُ وَقْتَ اجْتِمَاعِ الاسْتِحْقَاقِ والْعَدَمِ

اعلم أن اجتماعهما لا يحصل إلا بالأخير منهما، وحاصله: إن كان الاستحقاق أولاً فليس له القيمة إلا في يوم العدم، وإن كان العدم أولاً فليس له القيمة إلا يوم الاستحقاق، وهذا كأقصى الأجلين في العدة.

وما ذكره المصنف من وجوب القيمة يوم اجتماع الاستحقاق والعدم هو اختيار اللخمي وغيره. وقال بعض الشيوخ: تؤخذ منه القيمة يوم التحاكم؛ لأنها لم تزل في ذمته إليه.

وفِيهَا: لا تُقْضَى الْمَجْمُوعَةُ مِنَ الْقَائِمَةِ والْفُرَادَى، وتُقْضَى الْقَائِمَةُ مِنْهُمَا، وتُقْضَى الْفُرَادَى مِنَ الْقَائِمَةِ دُونَ الْمَجْمُوعَةِ ....

نسبها للمدونة لإشكالها لما سيذكره من قوله: (ومقتضى)... إلخ. وإنما لم تقض المجموعة من القائمة والفرادى؛ لأن القائمة والفرادى أطيب والمجموعة أكثر عدداً، فدار الفضل وأجاز اقتضاء القائمة منهما؛ لأن القائمة أوزن منهما فجاز اقتضاؤها منهما لانفرادها بزيادة ليست فيهما. وبأن اقتضاء الفرادى من القائمة لانفراد القائمة بفضيلة الوزن، ولم يجز اقتضاء الفرادى من المجموعة لدوران الفضل، إذ الفرادى أطيب والمجموعة أكثر عدداً.

اللخمي: وهذه الثلاثة في الاقتضاء على ثلاثة أوجه؛ فيجوز في القائمة والفرادى أن يقتضى بعضها من بعض من غير مراعاة في الفرادى. ولا يجوز في الفرادى والمجموعة أن يقتضى بعضها من بعض على حال. ويجوز أن تقتضى القائمة من المجموعة ولا تقتضى المجموعة من القائمة.

هذا قوله في الكتاب، والصواب جواز اقتضاء المجموعة من القائمة كما يجوز أن تقتضى القائمة منها.

فَالْمَجْمُوعَةُ: الْمَجْمُوعُ مِنْ ذُهُوبٍ ومِنْ وَازِنٍ ونَاقِصٍ

أخذ يفسر معاني هذه الألفاظ. وقوله: **(مِنْ ذُهُوبٍ)** أي: ذهوب مختلفة من جيد ورديء، وكذلك قال ابن شاس. ولم يذكر في المدونة ولا غيرها في تعريفهما إلا الاختلاف في الوزن. والذهوب: جمع ذهب، ويجمع على أذهاب، قاله الجوهري.

والْقَائِمَةُ: جَيِّدَةٌ تَزِيدُ إِذَا جُمِعَتْ

أي: هي نوع واحد جيد، كاملة في قدرها إذا جمعت منها المائة تزيد قدر الدينار، وهذا في المدونة.

والْفُرَادَى: جَيِّدَةٌ تَنْقُصُ يَسِيراً إِذَا جُمِعَتْ

هي كالقائمة إلا أنها تنقص الدينار في المائة، وهي أجود من المجموعة وأردأ من القائمة، قاله المازري.

فَلِلْقَائِمَةِ فَضْلُ الْوَزْنِ والْجَوْدَةِ

أي عليهما.

ولِلْمَجْمُوعَةِ فَضْلُ الْعَدَدِ

أي عليهما.

ولِلْفُرَادَى فَضْلُ الْجَوْدَةِ والْعَدَدِ

أي: لها فضل الجودة بالنسبة إلى المجموعة. أما العدد فليس كذلك؛ لأن عددها وعدد القائمة واحد، والمجموعة أفضل عدداً كما تقدم.

ومُقْتَضَى مَنْعُ الْمَجْمُوعَةِ مِنَ الْقَائِمَةِ مَنْعُ الْقَائِمَةِ مِنْهَا، وفُرِّقَ بِأَنَّ الْمَجْمُوعَةَ لَمَّا ثَبَتَتْ فِي الذِّمَّةِ والاعْتِبَارُ فِيهَا بِالْوَزْنِ أُلْغِيَ الْعَدَدُ فَصَارَ الفضلُ فِي جِهَةٍ ....

أي: ومقتضى منع اقتضاء المجموعة من القائمة منع اقتضاء القائمة منها؛ لأن للمجموعة فضل العدد وللقائمة فضل الوزن والجودة فدار الفضل. وقد قيل: يمتنع اقتضاء كل منهما عن الأخرى لهذا. وقد ذكرنا أن اللخمي أجاز اقتضاء كل من الأخرى.

وفرق ابن أبي زيد بأن المجموعة إذا تقدم ترتبها في الذمة فإنما دخل صاحبها على الوزن فقط؛ لأنه لم يترتب له عدد معلوم، ولو أعطاه أقل ما يمكن من العدد ما كان له أن يمتنع ولا يدري ما يعطيه، بخلاف ما إذا تقدمت القائمة في الذمة فإنه قد ترتب له عدد، فإذا قضاه مجموعة فإن النفس إذ ذاك تتشوف إلى زيادة العدد فافترقا.

الْمَطْعُومَاتُ: مَا يُعَدُّ طَعَاماً لا دَوَاءً

لما انقضى كلامه على النوع الأول من الربوي أتبعه بالكلام على النوع الثاني. وليس المراد بالمطعوم ما له طعم، بل الأخص وهو ما كان مقتاتاً مدخراً في زمنه في سائر الأقطار. ولا خلاف بين العلماء أن الحكم ليس مقصوراً على الأربعة المذكورة في الحديث الصحيح؛ أعني: قوله عليه الصلاة والسلام: «**البر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، يداً بيد، مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، فإن اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**».

واختلف في العلة؛ فقيل: المالية. فكل مالين من جنس واحد يحرم فيه التفاضل، فلا يباع ثوب [٤٥٠/ أ] بثوبين، ونسبه بعضهم لابن الماجشون. المازري: وأنكر بعضهم هذا النقل وأضاف الغلط لناقله.

ومذهب الشافعي: أنها الطعم في الجنس الواحد. ومذهب أبي حنيفة: أنها الكيل مع الجنس. ومذهب ربيعة: أنها مالية الزكاة.

وليس الغرض هنا الحجاج مع الخصوم ولا التطويل بالتوجيه والفروع، بل ذكر ما لابد منه مما يتعلق بكلام المصنف.

الْعِلَّةُ: الاقْتِيَاتُ، وفِي مَعْنَاهُ: إِصْلاحُهُ. وقِيلَ: الادِّخَارُ. وقِيلَ: غَلَبَتُهُ. وقِيلَ: الاقْتِيَاتُ والادِّخَارُ، وعَلَيْهِ الأَكْثَرُ. وقِيلَ: أَوِ التَّفَكُّهُ والادِّخَارُ، وأَنْكَرَهُ اللَّخْمِيُّ. وقَالَ الْقَاضِيَانِ: الاقْتِيَاتُ والادِّخَارُ لِلْعَيْشِ غَالِباً، وأَنْكَرَهُ اللَّخْمِيُّ

انظر كيف قدم القول بالاقتيات وهو خلاف ما عليه الأكثرون، ولعله -والله أعلم- لما سيقوله أن لبن الإبل يقوي الاقتيات؛ يعني: أنه اختلف في العلة في مذهبنا. فقال القاضي إسماعيل، وابن بكير: العلة الاقتيات، خلاف ما عليه الأكثرون. وفي معنى الاقتيات إصلاحه ليدخل الملح والتوابل.

والقول بالادخار لابن نافع، وبغلبته لمالك، هكذا قال الباجي وغيره.

ويظهر الفرق بين الادخار وغلبته في العنب الذي لا يزبب، والرطب الذي لا يثمر، فعلى الادخار يخرج وعلى غلبته يدخل. فما نسبه المصنف للأكثر عليه تأول ابن رشد مذهب الكتاب.

وقوله: (**وقِيلَ: أَوِ التَّفَكُّهُ**) يعني: أن هذا القائل يرى أن العلة الادخار مع الاقتيات أو مع التفكه، وذكره الأبهري عن بعض الأصحاب، فقال: من أصحابنا من يعلل الأربعة التي في الحديث بثلاث علل: فالبر مقتات مدخر، فكل مقتات مدخر فهو مردود إليه. والتمر متفكه مصلح للقوت، فكل ما وجد فيه ذلك فهو مثله. والملح مؤتدم، فكل ما وجد فيه ذلك فهو مثله.

اللخمي: والقول بأن التمر متفكه غلط؛ لأنه كان بالمدينة أصلاً للعيش، وكذلك مدائن اليمن هو العمدة في أقواتهم، ويلزم القائل بأنه متفكه أن يسقط الزكاة منه أو يوجب الزكاة في الفواكه. والقاضيان ابن القصار، وعبد الوهاب. وتأول أبو جعفر القرطبي مذهب المدونة على مذهبهما. وأنكر اللخمي التعليل بكونه أصلاً للمعاش غالباً، قال: وإنما يحسن أن يكون هذا تعليلاً لوجوب الزكاة، ولهذا لم تجب الزكاة في الجوز واللوز وما أشبه ذلك.

وفي الموطأ: أن الجوز ونحوه ربوي، وهو قول ابن حبيب. وفي المدونة ما يدل عليه؛ لأن فيها: وكل طعام أو إدام يدخر فلا يجوز التفاضل فيه إلا ما لا يدخر من رطب الفواكه، كالتفاح، والرمان، والخوخ، واللوز، والموز.

ولَبَنُ الإِبِلِ يُقَوِّي الاقْتِيَاتَ، وأُجِيبَ بِأَنَّ دَوَامَ وُجُودِهِ كَادِّخَارِهِ، وبِالخِلافِ فِي الْمَوْزِ ....

يعني: أن اتفاق أهل المذهب على أن لبن الإبل ربوي دليل على أنه يكفي وصف الاقتيات فقط. وأجيب: بأنه وإن تخلف منه وصف الادخار لكن خلفه ما يقوم مقامه،

وهو دوام الوجود. وأجيب أيضاً: بأن الخلاف في الموز هل هو ربوي أو لا، وليس بمدخر إلا أن دوام وجوده يقوم مقام ادخاره. ومذهب المدونة والموطأ جواز التفاضل في الموز. قال في البيان: وهو الصحيح خلافاً لابن نافع.

فَمَا اتَّفَقَ فِيهِ وُجُودُهَا فَرِبَوِيٌّ كَالْحِنْطَةِ، والشَّعِيرِ، والسُّلْتِ، والْعَلَسِ، والأُرْزِ، والدُّخْنِ، والذُّرَةِ، والْقَطَانِيِّ، والتَّمْرِ، والزَّبِيبِ، واللَّحْمِ، والْمِلْحِ، والزَّيْتُونِ، والْخَرْدَلِ، والْقِرْطِمِ، وبِذْرِ الْفُجْلِ لِمَا يُعْتَصَرُ مِنْهَا، والْبَصَلِ، والثُّومِ، وتُرَدُّدُهُ فِي التِّينِ لأَنَّهُ غَيْرُ مُقْتَاتٍ بِالْحِجَازِ، وإِلا فَهُوَ أَظْهَرُ مِنَ الزَّبِيبِ ....

ابن عبد السلام: الضمير المضاف إليه (**وُجُودُ**) عائد على الاقتيات والادخار. وكأنه وقع في نسخته: (وجودهما) على التثنية، وفيه نظر، فإن الموجود فيما بأيدينا من النسخ: (وجودها) ولأن غرض المصنف أن يجعل الأقسام ثلاثة: قسم اتفق على أنه ربوي. ومقابله. والثالث مختلف فيه.

ولا يحصل الاتفاق بمجرد حصول الاقتيات والادخار؛ لأن من يشترط في الادخار أن يكون للعيش غالباً لا يكتفي بمطلقه.

والذي يؤخذ من كلام ابن شاس أنه عائد على الثلاثة: الاقتيات والادخار والاتخاذ للعيش غالباً، فإنه قال: وينقسم الطعام ثلاثة أقسام: قسم اتفق أهل المذهب على أنه ربوي، فهو ما اجتمع فيه الأوصاف الثلاثة فكان مقتاتاً مدخراً متخذاً للعيش غالباً.

خليل: ويمكن عوده على الستة، وعلى ذلك مشاه **ابن راشد**.

فإن قيل: المصنف مثل بأشياء لم يتفق وجودها في بعضها كالملح والزيتون وما بعده. **قيل**: ينبغي أن يكون في الكلام حذف معطوف؛ أي: فما اتفق فيه وجودها أو كان مصلحاً للقوت.

ابن راشد: ويرد على المصنف، وابن شاس قول ابن القاسم في المستخرجة: إن كل زريعة تؤكل ويخرج من حبها طعام فلا تباع حتى تستوفى ولا يباع منها اثنان بواحد، وكل زريعة لا تؤكل ويستخرج من حبها ما يؤكل فتباع قبل أن تستوفى ويباع منها اثنان بواحد ويباع بعضها ببعض إلى أجل. فعلى هذا يباع حب الفجل الأحمر بعضه ببعض إلى أجل وهو خلاف ما في الجواهر. انتهى.

والربوي -بكسر الراء- منسوب إلى الربا. والسلت: قال في المشارق: حب بين البر والشعير لا قشر له. الجوهري، والعلس: ضرب من الحنطة تكون حبتان في قشر، وهو طعام أهل صنعاء.

والقطاني: مفرده قطنية، عياض: بضم القاف وكسرها وتسهيل الياء. والفجل: بضم الفاء، الجوهري: هو معروف واحده فجلة. [٤٥٠/ ب] وكذلك قال في الثوم: معروف. وذكر الجوهري في الأرز ست لغات: أَرُزٌّ، وأُرُزٌّ تتبع الضمةُ الضمةَ. وأُرْزٌ، وأُرُزٌ، مثل: رُسْلٌ ورُسُلٌ. ورُزٌّ ورُنْزٌ.

والخردل: بالدال المهلة. **ابن قتيبة**: ويقال: قُرطم وقِرطم بالضم والكسر، وهو حب العصفر. والأظهر في التين أنه ربوي لما قاله المصنف أنه فيه أظهر من الزبيب، وقد ذكر صاحب التلقين فيه خلافاً.

ومَا لَمْ يُوجَدْ فِيهِ أَحَدُهَا فَغَيْرُ رِبَوِيٍّ، كَالْخَسِّ، والْهِنْدَبَاءِ، والْقَضْبِ، والْفَوَاكِهِ الَّتِي لا تُقْتَاتُ ولا تُدَّخَرُ، وكَذَلِكَ مَا لَيْسَ بِمَطْعُومٍ كَالصَّبْرِ، والزَّعْفَرَانِ والشَّاهْتَرَجِ ....

الخَس - بالفتح - معلوم. والهندباء: يمد ويقصر يقال: هندبة وهندبات بفتح الدال وهو البقل. والقضب: هو الفصفصا وهي من العلف.

وقوله: **(والْفَوَاكِهِ)** أي: كالبطيخ والقثاء والأترج.

الجوهري، والصِّبر: بكسر الباء هو الدواء المر، ولا يسكن إلا في ضرورة الشعر.

ونقل ابن سحنون إجماع العلماء على أن الزعفران ليس بطعام، ويجوز بيعه قبل قبضه.

ومَا اخْتُلِفَ فِيهِ قَدْ يَكُونُ كَذَلِكَ كَاللَّوْزِ، والْفُسْتُقِ، والْجَوْزِ، والْبُنْدُقِ، والْجَرَادِ؛ لأَنَّهُ يُدَّخَرُ ولا يُقْتَاتُ، أَوْ لا يُدَّخَرُ لِلاقْتِيَاتِ ....

الإشارة بذلك للخلاف في العلة، فإنه قد يوجد في الشيء أحد الأوصاف، فإن الجوز، واللوز، والبندق، والجراد يدخر ولا يقتات. المازري: المعروف من المذهب أن الجراد ليس بربوي خلافاً لسحنون.

وذكر سند أن ظاهر المذهب أنه ربوي، واختاره اللخمي. ونسب اللخمي القول بأنه ليس بربوي لأشهب.

وقوله: **(لأَنَّهُ يُدَّخَرُ ولا يُقْتَاتُ، أَوْ لا يُدَّخَرُ لِلاقْتِيَاتِ)** **ابن راشد**: والضمير في (لأنه) يحتمل أن يعود على الجراد لأنه أقرب مذكور، ويحتمل أن يعود على الجميع. وجوز فيه **ابن عبد السلام** وجهين:

أحدهما: أن يرجع قوله:(لأنه يدخر ولا يقتات) لما قبل الجراد، ويرجع قوله:(أو لا يدخر للاقتيات) للجراد خاصة؛ لأنه يقتات ولا يدخر، لذلك فتكون (أو) للتفصيل.

والثاني: أن تكون (أو) للإبهام ويكون القسمان راجعين إلى مجموع ما تقدم.

والفُستَق: بضم الفاء وفتح التاء. **والبُندُق**: بضم الباء والدال، وفيه لغة أخرى بالفاء عوض الباء.

وكَاللَّبَنِ؛ لأَنَّهُ يُقْتَاتُ ولا يُدَّخَرُ

أي: أن اللبن مما اختلف فيه؛ لأنه مما وجد فيه الاقتيات دون الادخار. فإن قيل: قد ذكر أولاً ما يقتضي أنه غير مختلف فيه؛ لأنه لو كان الاختلاف حاصلاً فيه لما تمت له التقوية. وقد تقدم أنهم جعلوا دوام وجوده يقوم مقام ادخاره، فكيف يعده من المختلف فيه ؟ فجوابه: أن فيه خلافاً ولكنه ضعيف، وسيذكره المصنف، وهو قوله: (والمعروف أن اللبن مطلقاً ربوي) وذلك أن وجود الخلاف لا ينافي التقوية، وهذا الخلاف إنما هو في اللبن المخيض، كما سيأتي، وأما الحليب بالحليب، والجبن بالجبن، والأقط بالأقط، والزبد بالزبد، والسمن بالسمن، فيمتنع التفاضل في ذلك بالاتفاق، صرح به اللخمي.

وكَالْعِنَبِ الَّذِي لا يُزَبَّبُ، والرُّطَبِ الَّذِي لا يُتْمِرُ؛ لأَنَّهُ يُدَّخَرُ غَالِبُهُ ولا يُدَّخَرُ

هذا ظاهر مما تقدم، ولما كان غالبه يدخر لا يلتفت إلى نادره.

وكَالرُّمَّانِ، والْخَوْخِ، وَالْكُمَّثْرَى مِمَّا يُدَّخَرُ فِي قُطْرٍ دُونَ قُطْرٍ؛ لأَنَّهُ يُدَّخَرُ ولا يُدَّخَرُ غَالِبُهُ، أوْ لا يُقْتَاتُ ....

القول بأنه ربوي لابن نافع، وأجاز مالك في الموطأ التفاضل في الخوخ والرمان، والمشهور -وهو مذهب الكتاب- جواز التفاضل في الخوخ والرمان وشبهه، بناء على اعتبار الادخار الغالب، وأنه لا يلتفت إلى الادخار النادر.

والفرق بين هذين وبين العنب الذي لا يزبب: أن العنب غالبه يدخر وهذه على العكس، ولأن ذلك في المقتات وهذه في الفواكه.

والكمثرى: بفتح الميم المشددة، والثاء المثلثة، **الجوهري**: الواحدة كمثرات، وهي نوع من الإجاص.

وقَدْ يَكُونُ لِتَحَقُّقِ الْعِلَّةِ كَالْبَيْضِ، قِيلَ: يُدَّخَرُ، وقِيلَ: لا. وقِيلَ: يُقْتَاتُ، وقِيلَ: لا ....

هذا الذي يقول الفقهاء فيه: خلاف في شهادة، وخلاف في حال. والمشهور في البيض أنه ربوي.

وذكر ابن شعبان قولاً بجواز التفاضل فيه، واختاره الباجي، وقال: إنه مقتات. وقال ابن بشير: ليس بمقتات. ونص المتيطي على أن القولين في علة البيض روايتان.

محمد: والبيض كله صنف، بيض ما يستحيي وبيض ما لا يستحيي، وما يطير وما لا يطير.

وكَالسُّكَّرِ والْعَسَلِ

يعني: أنه مما اختلف فيهما لتحقق العلة هل هما إدامان أو دواءان. والأقرب في العسل أنه ملحق بالإدام؛ لغلبة هذا المعنى فيه في أكثر البلاد دون السكر. وقد نص في المدونة على أن السكر ربوي.

وكَالتَّوَابِلِ: كَالْفُلْفُلِ، والْكُزْبَرَةِ، والأَنِيسُونِ، والشَّمَارِ، والْكَمُّونِيْنِ. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مطْعَمٌ مُصْلِحٌ لِلْقُوتِ مُدَّخَرٌ، وقَالَ أَصْبَغُ: دَوَاءٌ، بِخِلافِ الْبَصَلِ والثُّومِ

عياض: الفلفل بضم الفاءين. الجوهري: والكزبرة بضم الباء وقد تفتح، وأظنه معرباً.

وقال عياض: والكسبرة بضم الكاف والباء، ويقال بالزاي أيضاً. وكلامه ظاهر التصور.

ونسب المصنف لأصبغ أن الفلفل وما عطف عليه دواء. قال بعض من تكلم على هذا الموضع: وليس كذلك، إنما خالف في الأنيسون والشمار والكمونين. ففي الموازية، قال ابن القاسم: والشمار والأنيسون صنف، وذلك كله من الطعام.

وقال أصبغ ومحمد: هذه الأربعة ليست من الطعام وهي من الأدوية، وإنما التي من الطعام: الفلفل، والكرويا، والكسبرة، والقرفة، والسنبل. قال: وإنما وهمه في ذلك ابن شاس، فإنه ذكر التوابل ولم يعرفها، ونسب الخلاف فيها إلى ابن القاسم وأصبغ. انتهى.

وذكر المازري أنه اختلف في التوابل، قال: كالفلفل، والكمون، والكرويا هل هي من الربويات أم لا؟

وقوله: (**بِخِلافِ الْبَصَلِ والثُّومِ**) [٤٥١/ أ] أي: أنهما لم يختلف في أنهما ربويان؛ لأنهما مصلحان للطعام، وهما جنسان مختلفان، حكاه ابن المواز عن مالك.

وكَالْحُلْبَةِ وفِيهَا: طَرِيقَانِ؛ الأُولَى: ثَالِثُهَا الْخَضْرَاءُ مَطْعُومٌ، والْيَابِسَةُ دَوَاءٌ. والثَّانِيَةُ: الثَّالِثُ ....

أي: ومما اختلف فيه لتحقق العلة الحلبة، وفيها طريقان؛ **الأولى**: وفيها ثلاثة أقوال: **الأول** لابن القاسم في الموازية: أنها طعام مطلقاً. **الثاني** لابن حبيب: أنها دواء مطلقاً. **والثالث** لأصبغ في الموازية: أن الخضراء طعام واليابسة دواء. ورأى بعض المتأخرين هذا التفصيل تفسيراً، وأن المذهب على قولٍ واحد.

وعلى هذا فالخلاف في الحلبة إنما هو هل هي طعام أو دواء ؟ لا في أنها ربوية أو لا، وكلام المصنف يوهم ذلك؛ لأنه إنما تكلم في الربوي. والله أعلم.

وكَالطَّلْعِ، والْبَلَحِ الصَّغِيرِ، وقِيلَ: والْكَبِيرِ، ولَمْ يُخْتَلَفْ فِي الْبُسْرِ أَنَّهُ رِبَوِيٌّ

اعلم أن الخلاف الذي في الطلع والبلح الصغير إنما هو هل هو طعام أو ليس بطعام؟ هكذا ذكر ابن شاس وغيره، ومذهب المدونة في البلح الصغير أنه علف، وإذا كان كذلك فالطلع أحرى.

وفي الموازية: لا بأس بالطلع متفاضلاً أو بصغير البلح، وكذلك الجمار. والطلع: طعام فلا يصلح بالطعام يداً بيد، نقله ابن يونس. وكذا ذكر اللخمي الخلاف في البلح الصغير، فقال: اختلف فيه هل له حكم الطعام؟ فقال مالك: هو علف. وقال ابن القاسم: هو بمنزلة البقل. قال: وأرى أن ينظر للعادة فيه، فإن كانوا يريدونه للعلف واستعماله للأكل قليل فله حكم العروض، وإن كانوا يريدونه للأكل وغيره نادر وكان استعماله في كليهما كثيراً فله حكم الطعام.

وأما البلح الكبير فليس الخلاف فيه هل هو طعام أو لا ؟ وإنما الخلاف فيه هل هو طعام ربوي يحرم فيه التفاضل؟ ففي المدونة: لا يجوز إلا مثلاً بمثل وهو المشهور. وقال الشيخ أبو إسحاق: وليس هو بربوي؛ لأنه لا يدخر فأشبه الخضروات. اللخمي: وهو أحسن لأنه غير مدخر، فكذلك البلح الكبير بالبسر أو الثمر. قال مالك: لا خير فيه. وقال في مختصر ما ليس في المختصر: تركه أحب إلي، وعسى أن يجوز. قال: وهذا أقيس؛ لأنه قد يدخر ما ليس بمدخر. وإذا تقرر ما ذكرناه فكان ينبغي للمصنف ألا يخلط البلح الكبير مع الصغير والطلع؛ لأن الخلاف فيهما متباين كما ذكرنا. وخلطه لهما ملزم لأحد أمرين؛ لأن ظاهر كلامه أن في البلح الكبير طريقين، وإن أراد أن الطريقين في أنه طعام أو لا ؟ فليس كذلك؛ لأنه طعام اتفاقاً، وإنما الخلاف هل هو ربوي أو لا ؟ وإن أراد أن الطريقين فيه في أنه ربوي أو لا ؟ وعليه حمله بعضهم فيبقى كلامه يفيد أن في البلح الصغير قولاً بأنه ربوي، وليس بموجود.

والْمَعْرُوفُ أَنَّ اللَّبَنَ مُطْلَقاً رِبَوِيٌّ، وخَرَّجَ اللَّخْمِيُّ مِنَ الْمُدَوَّنَةِ مِنْ قَوْلِهِ: ويَجُوزُ سَمْنٌ بِلَبَنٍ قَدْ أُخْرِجَ زُبْدُهُ، فَقَالَ: لَوْ كَانَ رِبَوِياً لَكَانَ مِنَ الرُّطَبِ بِالْيَابِسِ. ورَدَّهُ ابْنُ بَشِيرٍ بِأَنَّ السَّمْنَ نَقَلَتْهُ الصَّنْعَةُ والنَّارُ

مقابل المشهور للخمي، فإنه رأى جواز التفاضل بين المخيض والمضروب. فإن قلت: لِمَ لَمْ يجعل مقابل المعروف تخريجاً ؟ قيل: لأنه لو أراد ذلك لقال على المنصوص، كما هو الأغلب في كلامه.

فإن قلت: اللخمي إنما رأى ذلك اعتماداً على ما فهمه من المدونة. **قيل**: لا بل ذكر أولاً التخريج ثم ذكر بعد ذلك رأيه فيه، وسيظهر لك ذلك من لفظه.

ومراد المصنف بالإطلاق، سواء كان لبن الإبل أو غيرها مضروباً أو غيره.

ابن بشير: لم يختلف أهل المذهب في كون اللبن ربوياً على اختلاف أصنافه، وهو وإن كان لا يدخر على حالته فإنه يستخرج منه ما يدخر كالسمن والجبن.

وقال اللخمي: لم يختلف في بيع المخيض بالمخيض، والمضرب بالمضروب متفاضلاً؛ لأنهما لا يدخران، فمن منع التفاضل فيهما منع أن يباع شيء منهما بحليب أو زبد أو سمن، لأنه كالرطب باليابس، ومن أجاز التفاضل أجاز بيع أحدهما بأي ذلك أحب، كان من الحليب أو غيره.

قال، وقال مالك في المدونة: لا بأس بالسمن باللبن الذي قد أخرج زبده. وهذا لا يصح إلا على القول أن التفاضل بينهما جائز لا أنه كرطب باليابس.

وأرى أن يجوز التفاضل بين المخيض والمضروب؛ لأنه مما لا يدخر. ومن منع ذلك حمله على الأصل. انتهى.

ورد ما أشار إليه اللخمي من التخريج أنه إذا ثبت له أنه ربوي قبل إخراج زبده لكونه مقتاتاً وكون دوام وجوده كادخاره، فلا يزيل الربوية عنه إلا زوال ذلك الوصف. نعم لو ثبت له حكم الربوية؛ لأنه مشتمل على الزبد أمكن زوال الحكم بزوال الزبد.

قوله: **(وَرَدَّهُ ابْنُ بَشِيرٍ)** يعني: رد ابن بشير ما خرجه اللخمي من هذه المسألة أن السمن صار بالصنعة والنار كجنس آخر، وسيأتي ذلك. وتبع المصنف في نسبة هذا لابن بشير ابن شاس، وليس هو في تنبيهه ولعله في غيره.

ووَهِمَا فَإِنَّ بعْدَهُ فأمَّا بِلبنٍ فِيهِ زُبْدٌ فَلا

أي: وهم اللخمي في تخريجه، وابن بشير في رده؛ لأن بعد اللفظ الذي خرج منه اللخمي: (**فأمَّا بِلبنٍ فِيهِ زُبْدٌ فَلا**) فأما وهم ابن بشير فظاهر؛ لأن السمن لو نقلته الصنعة لجاز باللبن الذي فيه الزبد. وأما وهم اللخمي منه ففيه بعد، ولهذا وقع في بعض النسخ (ووهم) بالإفراد. ووجهه على (بعده) أن ترتيب المنع على وجود الزبد فيه؛ لقوله:(فيه زبد) دليل على أن المنع لأجل الزبد لما يؤدي إليه من المزابنة، وحينئذ يكون من باب الرطب باليابس، إذ لا يعلم [٤٥١/ب] مقدار الأجزاء التي فيه من الزبد لو تجمعت هل هي مساوية لأجزاء السمن المجموعة أم لا ؟ وليس كذلك إذا لم يكن فيه زبد؛ لأنه ليس فيه ما يتقى منه المزابنة المقتضية للمنع مطلقاً، إلا أنه لا يجوز به متفاضلاً كما توهم اللخمي.

والْمَعْرُوفُ أَنَّ الْمَاءَ لَيْسَ بِرِبَوِيٍّ

يجوز فيه التفاضل والنسيئة.

وخَرَّجَهُ عَبْدُ الْوَهَّابِ عَلَى غَيْرِ الْمَشْهُورِ فِي مَنْعِ بَيْعِ الْمَاءِ بِالطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ

يعني: أن المشهور جواز بيع الماء بالطعام إلى أجل، ومنعه ابن نافع، وخرج عبد الوهاب قولاً بمنع التفاضل فيه من قول ابن نافع؛ لأنه لما دخل فيه ربا النساء دخل فيه التفاضل.

ووَهِمَ بأَنَّ هَذَا حُكْمُ الطَّعَامِ غَيْرِ الرِّبَوِيِّ أَيْضاً

هذا التوهيم للمازري، ووجهه: أن ربا النساء أعم من ربا التفاضل فلا يلزم من وجود ربا النساء الذي هو الأعم وجود ربا الفضل الذي هو الأخص، ألا ترى أن الخس ونحوه يمتنع بعضه ببعض إلى أجل.

واخْتِلافُ الْجِنْسِيَّةِ يُبِيحُ التَّفَاضُلَ، والْمُعَوَّلُ فِي اتِّحَادِهَا عَلَى اسْتِوَاءِ الْمَنَافِعِ وتَقَارُبِهَا ....

لقوله صلى الله عليه وسلم: «**فإذا اختلفت الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد**».

ثم ذكر ضابط الجنس الواحد والجنسين، فإن كان الطعامان يستويان في المنفعة كأصناف الحنطة أو يتقاربان كالقمح والشعير كانا جنساً، وإن تباينا كالتمر مع القمح كانا جنسين.

فَمِنْهُ مَا اتُّفِقَ عَلَى جِنْسِيَّتِهِ، كَأَنْوَاعِ الْحِنْطَةِ وأَنْوَاعِ التَّمْرِ وأَصْنَافِ الزَّبِيبِ

هذا ظاهر.

وكَلُحُومِ دَوَابِّ الأَرْبَعِ مُطْلَقاً

أي: إنسية كانت أو وحشية، صغيراً أو كبيراً.

وكَلُحُومِ الطَّيْرِ

أي: أنها صنف واحدٌ إنسيتها ووحشيتها؛ لتقارب منافعها.

وكَدَوَابِّ الْمَاءِ

أي: كذلك صنف واحد.

وكَالْجَرَادِ

أي: جنس مفرد على القول بأنه ربوي وقد تقدم، وقيل: إنه من جملة الطير.

وكَالأَلْبَانِ مُطْلَقاً، وإِنْ لَمْ تَتَسَاوَ فِي وُجُودِ الزُّبْدِ والْجُبْنِ

أي: فإنها جنس، والجُبْنُ: بسكون الباء وهي الفصحى، ذكرها صاحب الفصيح.

ويقال: جبُنٌ بضم الباء والنون مع تخفيفها وتشديدها.

وَمِنْهُ مَا اتُّفِقَ عَلَى اخْتِلافِهَا كَبَعْضِ مَا ذُكِرَ مَعَ بَعْضٍ

أي: كبعض ما ذكر أنه متحد مع غير جنسه ونوعه، كالتمر مع الزبيب.

وَمِنْهُ مَا اخْتُلِفَ فِيهِ، كَالْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ الْمَنْصُوصُ الْجِنْسِيَّةُ لِتَقَارُبِ مَنْفَعَتِهِمَا فِي الْقُوتِيَّةِ ....

مقابل المنصوص اختيار السيوري وتلميذه عبد الحميد أنهما جنسان، وهو مذهب الشافعي؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم**» ووجه المصنف المشهور بقوله: لتقارب منفعتهما في القوتية، ودليله ما في مسلم عن معمر بن عبد الله: **أنه أرسل غلامه بصاع من قمح، فقال: بعه، ثم اشتر به شعيراً. فذهب الغلام وأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمراً فأخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذ إلا مثلاً بمثل، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «الطعام مثلاً بمثل» وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل: فإنه ليس مثله، قال: فأنا أخاف أن يضارع.**

مالك في الموطأ بعد أن ذكر ذلك عن سعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن الأسود، ومعيقيب الدوسي -رضي الله عنهم- مثله: أنه الأمر عندنا.

وَمِثْلُهُ السُّلْتُ، وَقِيلَ: وَالْعَلَسُ

أي: السلت ملحق بالقمح والشعير، ولعله إنما فصله عنهما لعدم تحقق قول السيوري فيه. والمشهور أن العلس لا يلحق بالثلاثة، وهو قول المصريين، وضمه المدنيون إليها.

بِخِلافِ الأُرْزِ، وَالذُّرَةِ، وَالدُّخْنِ عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: أن المشهور أن الأرز وما ذكر معه لا يضم إلى القمح، والشاذ لابن وهب، وهو بعيد.

ثُمَّ فِي جِنْسِيَّتِهَا قَوْلانِ

أي: إذا فرعنا على المشهور من أنها مباينة لما تقدم، فهل هذه الثلاثة جنس واحد أو أجناس؟ **المازري، والمتيطي**: والمشهور أنها أجناس. ونقل عن ابن وهب أنها جنس.

واخْتُلِفَ فِي الْقَطَانِيِّ، فَقِيلَ: جِنْسٌ، وقِيلَ: أَجْنَاسٌ، وقِيلَ: الْحِمَّصُ واللُّوبِيَا جِنْسٌ، والْبَسِيلةُ والْجُلْبَانُ جِنْسٌ ....

الحمص: قال ثعلب: الاختيار فيه فتح الميم. وقال المبرد: هو بكسر الميم. وذكر المصنف ثلاثة أقوال: **القول** بأنها كلها جنس واحد، رواه ابن وهب. **والقول** بأنها أجناس، رواه ابن القاسم وهو المشهور. **والقول الثالث** في الجلاب، ونسب لابن القاسم وأشهب. وروى أشهب عن مالك: أن الحمص والعدس صنف واحد وسائر القطاني أصناف.

والْكِرْسَنَّةُ: قِيلَ: مِنَ الْقَطَانِيِّ، وقِيلَ: لا

القول بأنها منها لمالك في العتبية، والآخر لابن حبيب.

واخْتُلِفَ فِي الأَمْرَاقِ بِاللُّحُومِ الْمَطْبُوخَةِ الْمُخْتَلِفَةِ، والْمَشْهُورُ أَنَّهَا جِنْسٌ

لا شك أن المطبوخة صفة للحوم، والمختلفة الأحسن جعلها صفة للأمراق، ويكون بمعنى أنه اختلف في اللحوم إذا طبخت بأمراق مختلفة، والباء بمعنى مع، فالمشهور أن ذلك جنس. قال في المدونة: والمطبوخ كله صنف وإن اختلفت صفة طبخه كقليه بعسل وأخرى بخل أو لبن؛ يعني: وكذلك إذا اختلفت اللحوم.

ومقابل المشهور للخمي قال: القياس جواز التفاضل لتباين الأغراض. ويجوز أن تكون المختلفة صفة للحوم ويصير المعنى: أنه اختلف إذا طبخ اللحمان من جنسين مختلفين كلحم الوحش ولحم الطير هل يصير بالطبخ جنساً واحداً أو لا ؟

وقلنا: الوجه الأول أحسن؛ لأن المسألة منقولة عنه في الدواوين عليه. وتكلم في الجواهر على الصورتين، [٤٥٢/ أ] فقال: المذهب أن الأمراق واللحوم المطبوخة صنف، ولا يلتفت إلى اختلاف اللحوم ولا اختلاف ما يطبخ به. وتعقب هذا بعض المتأخرين ورأى أن الزبرباج يخالف الطباهجة، وكذلك ما يعمل من لحم الطير مخالف لما يعمل من لحم الغنم. واختار ابن يونس أن اللحمين المختلفي الجنس إذا طبخا لا يصيران جنساً واحداً. والباء في الأمراق للمصاحبة كما تقدم. باللحوم، أي: تعاوضا لحمين مع كل واحد منهما مرق. ولا ينبغي أن تكون سببية لإيهامه أن التعاوض في المرقتين وليس هو مراده، وكذلك لا يجوز أن تكون للعوض؛ لأنه يلزم أن يكون المعنى أنه اختلف في التعاوض بين اللحم وحده مع المرق وحده وليس هو مراده.

واعلم أن ظاهر المذهب جواز بيع المطبوخ وزناً، وهو الذي يؤخذ من المدونة.

سند: وعلى قول ابن حبيب يمنع القديد بالقديد، والمشوي بالمشوي، لا يجوز المطبوخ بالمطبوخ لاختلاف تأثير النار. وعلى الجواز، فهل تراعى المثلية في الحال أو حال كون اللحم ينافيه، قولان، وإن راعينا المثلية في الحال. سند: وهو الظاهر.

فمذهب ابن أبي زيد القيرواني: أن الأمراق داخلة في حكم اللحم وأنها معها جنس واحد، فإنه قال: يتحرى اللحمان وما يتبعهما من المرق؛ لأن المرق من اللحم. قال: وكذلك الهريسة بالهريسة. وقال غيره: إنما يتحرى اللحم خاصة حيث كان نيئاً ولا يلتفت إليه بعد ذلك ولا إلى ما معه من المرق. وصححه عبد الحق وأيده بتحري الخبز بالخبز، والعجين بالعجين أنه يتحرى ما دخلها من الدقيق ولا يراعى تماثل الأعيان الآن.

وأما ما يطبخ تبعاً مع اللحم فضربان: ضرب له بعد الطبخ عين قائمة، كاللفت والباذنجان، فابن أبي زيد يجعله تبعاً لحكم اللحم -وقد تقدم قوله في الهريسة- وغيره يقول: لا يباع مع اللحم ولا يتبعه؛ لأنه لحم وبقل بلحم وبقل.

ويجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً ومتفاضلاً إن كان من البقول غير المدخرة، وإن ادخر كالبصل والثوم فلا يباع منها متفاضلاً. وضرب ليس له عين قائمة، فمن أصحابنا من يعطيه حكم اللحم، ومنهم من يعطيه حكم الماء؛ لأنه في أصله جنس غير اللحم فلا يتغير بطبخه معه.

وَاخْتُلِفَ فِي التَّوَابِلِ أَنَّهَا رِبَوِيَّةٌ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهَا أَجْنَاسٌ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الأَنِيسُونُ وَالشَّمَارُ جِنْسٌ، وَالْكَمُونَانِ جِنْسٌ وَأَنْكَرَهُ الْبَاجِيُّ

التوابل: جمع تابل بفتح الباء. وتبع المصنف في تعيين المشهور ابن شاس، وهو مقتضى النقل، ففي ابن يونس أن ابن القاسم قال في الموازية: الفلفل، والقرفاء، والسنبل، والكسبرة، والقرنباد وهو الكرويا، والشونين وهو الكمون الأسود، والملح هذا كله طعام لا يباع إذا اشتري على الكيل والوزن حتى يستوفى، ولا يصلح منه اثنان بواحد إلا أن تختلف الأنواع. ابن المواز، قال ابن القاسم: ومثله الشمار، والأنيسون، والكمونان كلها صنف واحد وهو طعام. وقال أصبغ، ومحمد في هذه الأربعة أصناف: أنها ليست بطعام وهي من الأدوية. قال أشهب، قال مالك: كل واحد من ذلك صنف. انتهى.

فما رواه أشهب عن مالك مؤيد لما شهره المصنف أنها أجناس. ومقابل المشهور في كلامه يحتمل أن يريد به قول ابن القاسم، ويحتمل أن يريد به أنها كلها جنس.

وأنكره الباجي -أي: قول ابن القاسم- وفي بعض النسخ: (وكرهه) وهي بمعناها. وليس المراد الكراهة التي تقابل الإباحة. ولفظه في المنتقى بعد أن حكى قول ابن القاسم: والأظهر عندي أن تكون أجناساً لاختلاف منافعها وتباين الأغراض فيها، وأنها لا تتمازج في منبت ولا محصد، ولا يجزئ بعضها عن بعض في شيء، وإنما يجمعها اسم الكمون، وليس بظاهر في الكمون الأسود؛ لأن اسم الشونين فيه أظهر لفظاً وأكثر استعمالاً.

قوله: (على أنها ربوية) أي: على قول ابن القاسم المتقدم.

واخْتُلِفَ فِي الأَخْبَازِ الْمُخْتَلِفَةِ الْحُبُوبِ، وفِي الْخُلُولِ

أما الأخباز، ففيها ثلاثة أقوال؛ **الأول**: أنها كلها صنف. ابن رشد: وهو المشهور. **الثاني**: أنها تابعة لأصولها، وهو قول البرقي. **والثالث**: أن خبز القطاني صنف وخبز غيرها صنف، ونسب لابن القاسم وأشهب.

والمعروف من المذهب أن الخلول صنف لاتحاد المنفعة، والمشهور: أن الأنبذة أيضاً جنس، خلافاً لأبي الفرج.

واخْتُلِفَ فِي الْخُبْزِ والْكَعْكِ بِالأَبْزَارِ، والْمَذْهَبُ أَنَّهُمَا جِنْسَانِ

الأبزار راجعة إلى الكعك. وذِكْرُهُ الخلاف أولاً مع ذكر المذهب ثانياً فيه إشارة إلى أن القول بأنهما جنس، إما اختيار أو تخريج، وهو كذلك.

قال ابن شاس، قال بعض المتأخرين: وانظر هذا؛ أي: كونهما جنسين مع قولهم أن الألوان كلها صنف، ومقتضى هذا أن يجعل الكعك والخبز صنفاً واحداً. ومفهوم كلامه أنه لو كان الكعك بغير أبزار لكان مع الخبز جنساً واحداً. وألحق اللخمي بالأبزار ما إذا كان يدهن، قال: لأن الزيت ينقل الطعم كما ينقل الأبزار.

خليل: والظاهر أن الكماج حكمه حكم الخبز؛ لأنه كالكعك الذي لا أبزار فيه.

والصَّنْعَةُ مَتَى كَثُرَتْ أَوْ طَالَ الزَّمَانَ نُقِلَتْ عَلَى الأَصَحِّ، لأَنَّ الْمَصْنُوعَ يَصِيرُ مُعَدّاً لِغَيْرِ الأَصْلِ كَالتَّمْرِ وخَلِّهِ، والزَّبِيبِ وخَلِّهِ..

لما ذكر أن الجنس [٤٥٢/ب] الواحد من الربوي لا يجوز فيه التفاضل، أتبعه بأن الصنعة إذا كثرت أو طال الزمان تنقل على الأصح؛ لأن المصنوع يصير معداً لغير الأصل، ومثل المصنف ذلك بالتمر وخله.

وقد حكى الباجي واللخمي هذا الخلاف، وعزا الباجي الشاذ للمغيرة، وزاد عن ابن الماجشون ثالثاً بالجواز في اليسير دون الكثير للمزابنة.

واستبعد **ابن عبد السلام** وجود الخلاف، قال: ولا يلزم من وجود الخلاف في هذين المثالين وجوده في القاعدة لاحتمال أن يكون مبنياً على خلاف في شهادة.

وقد يقال: هذا لا يلزم؛ لأنه تابع لابن شاس، وابن بشير في حكاية الخلاف.

وعبر بالأصح عن المشهور، لكن لم يذكر الخلاف إلا في الطول، وعلى هذا فيكون الأصح راجعاً إلى الطول فقط، ويمكن أن يرجع لهما لما حكاه ابن زرقون عن ابن نافع: أنه لا يجوز القمح أو الدقيق بالخبز. وعن ابن عبد الحكم: أنه لا يجوز اللحم النيئ بالمطبوخ بحال، وإن طبخ بأبزار أو خل.

وَمَتَى قَلَّتْ بِغَيْرِ نَارٍ لَمْ تُنْقَلْ عَلَى الأَصَحِّ، كَالتَّمْرِ ونَبِيذِهِ، والزَّبِيبِ ونَبِيذِهِ

قال في المدونة: سألت مالكاً عن النبيذ بالتمر، قال: لا يصلح. والعصير مثله. وغيره: الأصح ليس نصاً بل أشار الباجي إلى أخذه من رواية أبي زيد عن ابن القاسم في الفقاع بالقمح أنه لا يجوز لتغيير الطعم.

وأجاب سند: بأن الفقاع قد انتقل بما فيه من كثرة الصنعة والتوابل.

والْمَشْهُورُ أَنَّ نَبِيذَ التَّمْرِ والزَّيْتِ صِنْفَانِ، والزُّيُوتُ أَصْنَافٌ

هذه الجملة وقعت في بعض النسخ ونحوه لابن شاس، وهو وهم، بل مذهب المدونة وهو المشهور على ما قاله المازري: أنهما صنف واحد. ونقل الباجي، واللخمي، والمازري ما شهره المصنف عن أبي الفرج.

وما ذكره من أن الزيوت أصناف هو كذلك في المدونة، وعلله باختلاف منافعها، أي: لأن منافعها مختلفة وليست كالخلول واللحم.

اللخمي: والعسول أصناف، قال: ويجوز التفاضل في زيت الكتان لأنه لا يراد للأكل غالباً، ويجوز بيعه بزيت الزيتون نقداً أو إلى أجل، ويجوز التفاضل في زيت اللوز لأنه لا يراد للأكل غالباً، وإنما يراد للعلاج ويدخل في الأدوية، وكذلك الجوز.

وَالْمَذْهَبُ أَنَّ الطَّحْنَ وَالْعَجْنَ لا يُنْقَلُ

قال سند: ذهب عامة الفقهاء إلى أن القمح بدقيقه جنس واحد، إلا أبا ثور فإنه جعلهما جنسين وجوز فيهما التفاضل، ووافقه المغيرة من أصحابنا واحتج باختلافهما في الاسم، وأنه لو حلف ألا يأكل دقيقاً لم يحنث بأكل القمح، وكذلك العكس. فلعل المصنف عبر بالمذهب عن المعروف، كما في قوله: والمذهب أنهما جنسان.

وَإِنْ كَانَتْ بِنَارٍ لِمُجَرَّدِ تَجْفِيفٍ لَمْ تُنْقَلْ، وَإِنْ كَانَتْ بِزِيَادَةِ أَبَازِيرَ كَشَيِّ اللَّحْمِ بِهَا، أَوْ تَجْفِيفِهِ بِشَمْسٍ بِهَا، أَوْ طَبْخِهِ بِمَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ خَبْزِ الْخُبْزِ فَنَاقِلٌ ....

قوله: وإن كانت - أي: الصنعة- بمجرد تجفيف - أي: كشي اللحم- بلا أبازير، فإن ذلك لا ينقل ليسارة الصنعة، وفيه إشكال؛ لأن المقصود منه حينئذ غير المقصود من غير المشوي. وإن كانت الصنعة بزيادة أبازير كشي اللحم بها -أي: بالأبزار- أو تجفيفه بشمس بها، أو طبخه بماء - أي: مع الأبازير- وغيره كالخل مثلاً مع الأبازير، وخبز الخبز؛ يعني: بتابل.

وقوله: (**فَنَاقِلٌ**) راجع إلى جميع ما تقدم من قوله: (**وَإِنْ كَانَتْ بِزِيَادَةِ أَبَازِيرَ**) والضمير في (**بِهَا**) في المواضع الثلاثة عائد على الأبازير. اللخمي، والمازري: وإن طبخ بالماء صرفاً والملح لم ينتقل. واستشكل شيخنا -رحمه الله- جواز الخبز بالعجين لأنه مزابنة، قال: ولو جعلوا السلق ناقلاً ولم يجعلوا الخبز ناقلاً للمزابنة لكان أقرب.

وَفِي قَلْيِ الْقَمْحِ وشِبْهِهِ قَوْلانِ

المشهور: النقل، لأنه يزيل المقصود من النقل غالباً، وإذا كان مجرد القلي ناقلاً فمن باب أولى السويق بالقمح. **اللخمي**: ويجوز الدقيق بالمَقْلُو بالاتفاق.

وَفِي السَّلْقِ، ثَالِثُهَا فِي التَّرْمُسِ نَاقِلٌ، وَفِي الْفُولِ غَيْرُ نَاقِلٍ

الثلاثة للأشياخ، والأقرب النقل. والله أعلم. ورأى في الثالث أن السلق في الترمس ناقل؛ لأنه لا يمكن إلا بعد صنعة طويلة، بخلاف غيره مما لا يؤكل إلا مسلوقاً.

ونص ابن القاسم في العتبية على أنه لا يجوز بيع البيض المسلوق بالنيء متفاضلاً.

وتُعْتَبَرُ الْمُمَاثَلَةُ حَالَ الْكَمَالِ، فَلا يُبَاعُ رُطَبٌ بِتَمْرٍ ونَحْوِهِمَا باتِّفَاقٍ؛ لِتَوَقُّعِ الرِّبَا، ولأَنَّه مُزَابَنَةٌ ....

لما قدم أن المماثلة تطلب ذكر الوقت الذي تعتبر فيه، وذكر أنها تعتبر في حال كماله لأنه المقصود، ولهذا لم يجز بيع الرطب بالتمر؛ لأن الرطب إلى الآن لم يكمل، وقد صح عنه عليه الصلاة والسلام: **أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «أينقص الرطب إذا جف؟». فقالوا: نعم. فقال: «فلا إذاً»**. صححه الترمذي. واعترض عليه في لفظه التوقع؛ لأنها إنما تستعمل في المتوهم، والربا هنا متحقق.

وأجيب بأن التوقع بمعنى الوقوع، أو عبر بذلك اعتباراً بالغالب في الأمور المستقبلة، ولأن بعض الرطب لا يتمر فلا يتحقق فيه النقص.

وظَنَّ اللَّخْمِيُّ أَنَّهُ كَاللَّحْمِ الطَّرِيِّ بِالْيَابِسِ

يعني: أن اللخمي خرج قولاً بجواز بيع الرطب بالتمر من أحد القولين اللذين يذكرهما بعد في جواز بيع اللحم الطري بغير الطري.

ابن البشير: ليس كما ظن؛ لأن الرطب حالة كماله اليبس وله يُرادُ، واللحم حالة كماله الرطوبة فلا يطلب فيه شيء بعد ذلك كما يطلب في الرطب. وإلى هذا الرد أشار بقوله: **(وظن)** إذ هو مشعر به، وكأنه [٤٥٣/ أ] اكتفى بما قدمه أولاً من أن المعتبر في المماثلة حال الكمال؛ ولأن قياس اللخمي فاسد الوضع لمقابلة النص.

وَالْمَشْهُورُ: جَوَازُ الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ

الشاذ لابن الماجشون، ومنشأ الخلاف هل يعتبر الحال فيجوز، أو المآل فلا يجوز؟ لاحتمال أن ينقص أحدهما أكثر من الآخر. **الباجي**: وانظر إن كان نصف التمر بسراً ونصفها قد أرطب، فهل يجوز بيع بعضه ببعض أو قديمين.

فرع:

ويجوز بيع التمر بالتمر إذا كانا جديدين أو قديمين. اللخمي: واختلف في الجديد بالقديم، فأجازه مالك في الموازية، ومنعه عبد الملك وهو أحسن.

وَفِي الْحَلِيبِ بِالْحَلِيبِ قَوْلانِ

مذهب المدونة الجواز. **ابن شاس**: وهو المشهور. والمنع رواية أبي الفرج. ولعله -والله أعلم- لم يعين المشهور في هذه لقوة الشاذ هنا؛ لأن الحليب بالحليب قد يطلب منهما الزبد فتظهر المزابنة فيهما، وليس كذلك الرطب. والله أعلم.

وَيَجُوزُ الزَّيْتُونُ بِمِثْلِهِ اتِّفَاقاً كَاللَّحْمِ بِاللَّحْمِ، واخْتُلِفَ فِي رَطْبِهِمَا بِيَابِسِهِمَا بِتَحَرِّي النَّقْصِ ....

نقل ابن شاس الاتفاق في الزيتون، وابن بشير الاتفاق في اللحم. ووجهه اللخمي: بأنه يجوز بيع القمح بالقمح وإن كان الريع يختلف، فكذلك الالتفات إلى الزيت.

ابن عبد السلام: ولولا الاتفاق لكان الأنسب في الزيتون المنع؛ لأن المطلوب الزيت وهو غير معلوم التساوي بخلاف اللحم باللحم. وقيد اللخمي الجواز في اللحم بأن يكونا ذبحا في وقت واحد أو متقارب. ويريد: كل واحد من العوضين رطب، أو كل واحد منهما يابس بدليل ما سيقوله بعد.

وقوله: (**كَاللَّحْمِ بِاللَّحْمِ**) تنظير في كل وجه. والقولان في جواز بيع رطبهما بيابسهما لمالك في المدونة. والذي رجع إليه وأخذ به ابن القاسم المنع، إذ لا يحاط بالتحري. ووجه الجواز: أن الرطوبة في الزيتون واللحم هي حالة الكمال، وهذا مقيد بأن لا يكون في القديد أبازير، وأما إن كان فيه أبازير فهو جنس آخر.

وَالْمَشْهُورُ: مَنْعُ الْقَمْحِ الْمَبْلُولِ بِمِثْلِهِ، وَجَوَازُ الْمَشْوِيِّ بِالْمَشْوِيِّ، وَالْقَدِيدِ بِالْقَدِيدِ

مقابل المشهور في المبلول في الجلاب الجواز، بشرط كون البلل واحداً. وتبع المصنفُ في حكايته القولين اللخميَّ، وقيد اللخمي الشاذ بها إذا كان البلل واحداً كما ذكرنا. وزعم سند أن ما في الجلاب هو قول ابن القاسم الذي علل عنه المصنف بالمشهور. قال: لأن ابن القاسم علل باختلاف البلل، فإذا تحقق الاتحاد جاز. والشاذ في القديد بالقديد، والمشوي بالمشوي لابن حبيب.

والفرق للمشهور: أن البلل في القمح يكثر فيه الاختلاف عادة، ولأن أسفله لا يساوي أعلاه، بخلاف الشيء فإنه لا يختلف في الغالب، وفيه نظر. وأجاز في المدونة بدل العفن بالعفن إذا اشتبها في العفن. ابن رشد: وأجاز سحنون بدل العفن بغيره.

ابن عبد السلام: يعني -والله أعلم- بالسالم، وعلى ذلك ساق المسألة التي ذكر فيها هذا القول، قال: ومنع بدل المأكول بغيره، يعني: بالمأكول المسوس. قال: ومنع أشهب بدلهما بغيرهما. وذكر عن مالك، وابن القاسم، وابن وهب إجازة ذلك في المأكول.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَبِالْعَادَةِ الْعَامَّةِ، فَإِنِ اخْتَلَفَتْ فَبِعَادَةِ مَحَلِّهِ

فإن لم يكن للشرع فيه معيار، فالمعتبر العادة العامة. الباجي: كاللحم الذي يعتبر بالوزن في كل بلد. وقوله:(**فَإِنِ اخْتَلَفَتْ**) أي: العوائد، كالجوز، والرمان، وكالسمن، واللبن فبعادة محله.

فَإِنْ عَسُرَ الْوَزْنُ، فَثَالِثُهَا: يَتَحَرَّى فِي الْيَسِيرِ

خص العسر بالوزن؛ لأن الكيل لا يعسر، الباجي: ولو تغير المكيال المعهود. وذكر ابن شاس عن بعض المتأخرين جواز التحري مطلقاً من غير تقييد بوزن ولا يسارة.

وقال **ابن عبد السلام**: تقييد المصنف لهذه المسألة بعسر الوزن هو مذهب الأكثر، وظاهر المدونة عدم هذا الشرط، وأنه جار في القليل والكثير. انتهى.

وكذلك ذكر ابن رشد أن ظاهر المدونة جواز التحري وإن لم تدع إليه ضرورة. وذكر ذلك قولاً صريحاً لبعضهم، خلاف مفهوم قول المصنف عنه، فإنه يفهم منه عدم الجواز إذا لم يعسر.

وفي البيان: الاتفاق على أن ما يباع كيلاً لا وزناً مما يحرم فيه التفاضل أصلاً أنه لا يجوز بيع بعضه ببعض على التحري، ولا قسمه على التحري.

وحكى المصنف ثلاثة أقوال؛ **الجواز** مطلقاً، وقيده ابن رشد بأن لا يكثر جداً حتى لا يستطاع على تحريه. **الثاني**: المنع مطلقاً، رواه ابن القصار وهو أقرب؛ لأن التساوي مطلوب وهو غير محقق. **والقول الثالث** لابن حبيب، وعزي لمالك. زاد ابن رشد رابعاً: لا يجوز عند عدم الميزان إلا في الطعام الذي يخشى فساده.

أما من وجب عليه طعام لا يجوز التفاضل فيه، فلا يجوز أن يأخذ عنه تحرياً إلا عند عدم الميزان، قاله سحنون.

فرع:

واختلف فيما يجوز فيه التفاضل، هل تجوز قسمته وبيع بعضه ببعض تحرياً؟ على ثلاثة أقوال؛ **أحدها**: الجواز فيما يباع وزناً أو جزافاً، والمنع فيما يباع كيلاً، وهو مذهب ابن القاسم، حكاه عنه ابن عبدوس.

والثاني: أن ذلك جائز فيما يبتاع كيلاً أو وزناً أو عدداً، وهو مذهب [٤٥٣/ ب] أشهب وابن حبيب، ونسب أيضاً لابن القاسم.

والثالث: أنه لا يجوز مطلقاً، وهو في آخر كتاب السلم الثالث من المدونة: أنه لا يجوز أن يقسم البقل حتى يجز.

وَفِي الْقَمْحِ بِالدَّقِيقِ طَرِيقَانِ؛ الأُولَى ثَالِثُهَا: بِالْوَزْنِ لا بِالْكَيْلِ، والثَّانِيَةُ: الثَّالِثُ

يعني: أن الطريق الأولى في المذهب ثلاثة أقوال: يجوز بيع أحدهما بالآخر مطلقاً.

ابن عبد السلام: وهو المشهور. **والثاني**: المنع لمالك أيضاً؛ لاختلاف الريع. **والثالث**: يجوز موازنة ولا يجوز كيلاً، حكاه اللخمي عن ابن القصار، وعكسه غيره.

ثم اختلف في القول الثالث، هل هو خلاف للقولين الأولين وهو قول أهل الطريقة الأولى، أو تفسير لهما وهو قول أهل الطريقة الثانية.

وحكى ابن الماجشون عن مالك قولاً آخر، وهو أنه يجوز في اليسير على وجه المعروف بين الرفقاء، فإذا كثر وخرج إلى حد المكايسة فلا يجوز.

ابن عبد السلام: والطريقة الثانية باطلة؛ لأن ابن القصار الذي هو أصل هذه الطريقة فسر قولي مالك بما نص مالك على خلافه، وذلك أن لمالك في كتاب الصرف من المدونة أنه لا يباع القمح بالقمح وزناً، فإذا لم يجز بيعه بمثله وزناً خشية الوقوع في التفاضل لو كيل بمكياله الشرعي، فكيف يجوز بيعه وزناً بالدقيق. وقد تقدم أنه تعتبر المماثلة بمعيار الشرع.

والْمَشْهُورُ إِلْغَاءُ الْعِظَامِ، وقِيلَ: تَتَحَرَّى وتَسْقُطُ

أي: إذا بيع اللحم باللحم وزناً أو تحرياً فهل يباع بعظمه على ما هو عليه ويعد العظم كأنه لحم وهو المشهور، واحتجوا له ببيع التمر بالتمر من غير اعتبار بنواه.

والقول الثاني لابن شعبان: أنه يتحرى ما فيه من العظم ويسقط العظام معنى لا حساً. فعلى المشهور إذا بيع تحرياً إنما يتحرى المجموع، وعلى قول ابن شعبان لابد فيه من تحريين، قاله ابن عبد السلام.

وقال شيخنا: إنما يحتاج إلى التحري في اللحم فقط، وأما العظم فيسقط. والله أعلم. وهو أظهر من جهة المعنى، لكن كلام ابن عبد السلام هو الذي يؤخذ من كلام المصنف. واستحسن سند قول ابن شعبان، وفرق بأن التمر يفسد بنزع النوى.

فرع:

فإذا بنينا على المشهور أن البيض ربوي وأجزنا بيع بعضه ببعض تحرياً، فإن كان فيه بيض نعام فاختلف هل لا يجوز بيعه إلا أن يستثني بائعه قشره؛ لأنه كسلعة مع ربوي، أو لا؛ لأنه غير مستقل إلا بالقشر ولا يمكن بقاؤه مفرداً، فهو من ضرورته فيعطى حكم العدم أو حكم ما هو حافظ له.

وكَذَلِكَ جِلْدُ الشَّاتَيْنِ الْمَذْبُوحَتَيْنِ

أي: جلد الشاتين كالعظم، وذكره الخلاف في الجلد يقتضي جوازه ابتداء وهو المشهور. قال في المدونة: ولا خير في شاة مذبوحة بشاة مذبوحة إلا مثلاً بمثل تحرياً إن قدر على تحرِّيهما. ومنعه أصبغ؛ لأنه لحم مغيب. ورده الباجي بأن ذلك لا يلزم إذا قلنا أن الجلد لحم. ورأى اللخمي المنع ولو استثنى الجلدين. وعلى الجواز، فظاهر المدونة دخول الجلد في البيع، وهو الذي يؤخذ من تشبيه المصنف.

وقال فضل بن أبي سلمة: لا ينبغي ذلك وإن استطيع تحرِّيها، إلا أن يستثني كل واحد جلد شاته.

وروى يحيى بن يحيى نحوه عن ابن القاسم؛ لأنه لحم وجلد بلحم وجلد. ورده الباجي بما تقدم، فإنه يؤكل كثيراً مسموطاً. سند: وعلى قول الباجي يراعى الصوف فيفرق بين المجزوزتين وغيرهما. ونقل بعضهم قولاً بجواز بيع الشاتين المذبوحتين في السفر لا في الحضر.

وأُجِيزَ بَيْعُ الْخُبْزِ بِالْخُبْزِ تَحَرِّياً، وفِي التَّحَرِّي، ثَالِثُهَا: بِالدَّقِيقِ فِي خُبْزِ الصِّنْفَيْنِ، وبِالرُّطُوبَةِ الْوَاحِدُ. قَالَ الْبَاجِيُّ: يَنْبَغِي الْوَزْنُ وحْدَهُ ..

يعني: أنه يجوز بيع الخبز بالخبز تحرياً، نص مالك على ذلك في الموطأ، وفي السلم الأول من المدونة. وحكى بعض الشيوخ عن مالك أن الخبز بالخبز يجوز فيه التفاضل، وهو مشكل.

وقوله: **(وفِي التَّحَرِّي)** أي: إذا أجزنا بيع بعضه ببعض متماثلاً فاختلف في كيفية التحري على ثلاثة أقوال؛ **الأول**: يتحرى دقيقهما، وهو قول ابن القاسم في العتبية. الباجي: وهو مذهب جمهور أصحابنا. وقال في موضع آخر: هو ظاهر المذهب، لكن قيده بما إذا كان الخبزان من صنف واحد.

وذكر ابن رشد: لا خلاف أن المعتبر في الخبزين إذا كان أصلهما مختلفاً على مذهب من يرى أن الأخباز كلها صنف واحد، فليس هذا القول على عمومه كما قاله المصنف.

والثاني: أن المعتبر الوزن، وهو الذي أراده بقوله: **(وبِالرُّطُوبَةِ)** أي: أنه تعتبر الرطوبة في الوزن فلا التفات إلى الدقيق. الرطوبة: ما يجعل في الدقيق من الماء والملح والخبز.

والثالث: أنه يتحرى الدقيق إن كانا من صنفين ويتحرى الوزن إن كانا من صنف واحد. وفي كلامه نظر من وجوه:

أولها: ما تقدم أن كلامه يقتضي أن الأول يعتبر الدقيق مطلقاً، وليس كذلك.

ثانيها: أن القول الثالث عكس فيه النقل؛ لأن المنقول أن الخبزين إن كان الأصل الذي خبزا منه لا يحل التفاضل فيه كقمح وشعير يوزن الدقيقان لا يوزن الخبزان. وإن كان ما خبزا منه يجوز فيه التفاضل كقمح وفول اعتبر تساويهما في الوزن، قاله بعض القرويين، هكذا نقله المازري، وابن يونس وغيرهما. [٤٥٤/ أ]

ثالثها: أن هذا لا يكون ثالثاً إلا إذا كان القول الأول على عمومه، وقد تقدم ما فيه.

رابعها: يوهم ما نقله عن الباجي أنه قول رابع، وليس كذلك إذ هو الثاني.

والْمَذْهَبُ أَنَّ النَّهْيَ يَدُلُّ عَلَى الْفَسَادِ إلا بِدَلِيلٍ

هكذا حكاه عبد الوهاب، وهو المختار عند أهل الأصول، ومحل ذلك كتب الأصول، ويستدل لهذه القاعدة بالحديث الصحيح: «**من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد**».

فَمِنْهُ بَيْعُ الْحَيَوَانِ بِاللَّحْمِ، ومَحْمَلُهُ عِنْدَ مَالِكٍ عَلَى الْجِنْسِ الْوَاحِدِ لِلْمُزَابَنَةِ، فَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّيْرِ بِلَحْمِ الْغَنَمِ وبِالْعَكْسِ ....

روى مالك في مراسله عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب: **أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم**. والمحمل: اسم مصدر؛ أي: اسم للحمل. فقياسه على هذا: أن يكون مفتوح الميمين؛ لأن كل مضارع على يفعل كيضرب، ولم تكن فاؤه واواً فقياس اسم مصدره على مفعل بفتح العين، وللزمان والمكان بكسرها؛ أي: ومحمل هذا النهي عند مالك -رحمه الله- على الجنس الواحد؛ لأن بيع اللحم بالحيوان بيع معلوم بمجهول، وهو معنى المزابنة. وفي كلامه إشارة إلى أنه لو كان هذا الحيوان غير مباح الأكل لجاز بيعه باللحم وهو كذلك، فيجوز بيع الخيل باللحم لعدم المزابنة حينئذ. وأشار بقوله: (**عِنْدَ مَالِكٍ**) إلى محمل الليث والشافعي، فإنهما حملاه على عمومه. وروي عن أشهب جواز بيع اللحم بالحيوان.

قوله: (**فَيَجُوزُ بَيْعُ...**) إلى آخره. لأن المزابنة شرطها اتحاد الجنس.

وخَصَّصَهُ الْقَاضِيَانِ بِالْحَيِّ الَّذِي لا يُرَادُ إلا لِلذَّبْحِ

أي: كالشاة المعلوفة والكبيرة، فهو تخصيص للنهي بعد تخصيص الإمام، وهو متجه لظهور القصد إلى المزابنة في هذا النوع وبعدها في الصحيح، وهو قول الأبهري وغيره من البغداديين. فلا يقال: يرد عليه ما أورده المازري وغيره على قول مالك من أن المزابنة تمتنع حيث لا تكثر في إحدى الجهتين كثرة بينة. ومالك منع مطلقاً فلم تطرد العلة؛ لأنا نقول: إذا ظهرت الزيادة فالمنع لأجل التفاضل عندهما -وإن شك- فالمنع عندهما للمزابنة والتفاضل. ولأجل أن مالكاً لم يطرد العلة وقال بالمنع وإن ظهر الفضل، مع كونه علل بالميزانية، أجرى اللخمي قولاً ثالثاً بالجواز في الجنس الواحد إذا تبين الفضل.

وما لا تَطُولُ حَيَاتُهُ ومَا لا مَنْفَعَةَ فِيهِ، إلا اللَّحْمُ كَاللَّحْمِ خِلافاً لأَشْهَبَ، وهُمَا رِوَايَتَانِ ....

يعني: أن قول مالك اختلف فيما لا تطول حياته من الحيوان كطير الماء، وما لا منفعة فيه من الحيوان إلا اللحم.

ابن عبد السلام: كالخصي من المعز، هل هو كاللحم فلا يجوز بيعه بحيوان من جنسه وبه أخذ ابن القاسم، أَوْ لا وبه أخذ أشهب؛ لأنه يصدق عليه أنه حيوان. ومنع ابن القاسم أيضاً بيع هذا الحيوان بلحم؛ لأنه حي إلا أن يجعله مع الحيوان لحماً ومع اللحم حيواناً احتياطياً.

فَإِنْ طَالَتْ أَوْ كَانَتِ الْمَنْفَعَةُ يَسِيرَةً كَالصُّوفِ فِي الْخَصِيِّ فَقَوْلانِ

يعني: إذا فرعنا على ما أخذ به ابن القاسم، فإن كان الحيوان تطول حياته كالشارف الذي لا يراد إلا للذبح، أو كانت منفعته يسيرة كصوف الخصي من الضأن، ففي كل نوع قولان. أما ما تطول حياته، فقال ابن المواز: كره مالك، وابن القاسم الشارف والمكسور

من الأنعام باللحم، ثم أجازه مالك، وخففه أصبغ. والمراد بالكراهة التحريم. وقد صرح اللخمي بذلك في تعليله.

وأما ما فيه منفعة يسيرة، فقال ابن القاسم: لا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل، إلا أن يكون مما يقتنى لصوفه. قال: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فلا يحل؛ لأنه لا يقتنى لصوفه إنما هو للذبح، وأجازه أصبغ وأشهب، كان فيه منافع أَوْ لا.

وفهم من قوله: (**الْمَنْفَعَةُ يَسِيرَةٌ**) أنها لو كانت كثيرة -كما إذا كان لها صوف ولبن ويقصد منها الولادة- أنها ليست كاللحم. ابن راشد: ولا خلاف في ذلك.

وَمِنْ ثَمَّ اخْتُلِفَ فِي بَيْعِهِ بِالطَّعَامِ نَسِيئَةً

يعني: ولأجل الخلاف في كونه كاللحم أو كالحيوان اختلف المذهب في بيع هذا الحيوان بالطعام إلى أجل، فمن عده طعاماً منع؛ لأنه طعام بطعام إلى أجل، وهو قول ابن القاسم.

قال ابن القاسم في العتبية: فلا يجوز بيع الكبش الخصي بالطعام إلى أجل إلا أن يكون كبشاً يقتنى لصوفه. مالك: وأما التيس الخصي بالطعام إلى أجل فلا يحل؛ لأنه لا يقتنى لصوفه إنما هو للذبح.

ابن المواز: وأجازه أشهب وأصبغ. مالك: وليس كل شارف سواء، وإنما ذلك في الذي قد شارف الموت، فأما ما كان يقبل ويدبر ويرتفع فلا.

وَفِي الْمَطْبُوخِ بِالْحَيَوَانِ قَوْلانِ

ظاهر كلامه: أن القولين بالإجازة والمنع، والذي حكاه ابن المواز أن ابن القاسم أجازه، وأشهب كرهه. وإذا كان اللحم ينتقل بالطبخ عن جنسه فلا يجوز بالحيوان من باب الأولى. ووجه الكراهة: الوقوف مع لفظ الحديث.

وَمِنْهُ الْمُزَابَنَةُ، وَهُوَ بَيْعُ مَعْلُومٍ بِمَجْهُولٍ وَمَجْهُولٍ بِمَجْهُولٍ مِنْ جِنْسِهِ، فَإِنْ عُلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكْثَرُ جَازَ فِيمَا لا رِبَا فِيهِ ....

أي: ومن المنهي عنه - وكذلك في كل ما يأتي - وصح من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة.

والمزابنة: بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً، وبيع الزبيب بالعنب كيلاً. وضمير (**هُوَ**) يعود على المضاف المحذوف؛ أي: بيع المزابنة. وتفسيرها الواقع في الحديث إنما هو في الربوي، [٤٥٤/ ب] وهو عند أهل المذهب لا يختص بالربوي؛ لأن غير الربوي وإن لم يدخل تحت المزابنة فثم عمومات يدخل تحتها كالنهى عن الغرر.

وقوله: (**فَإِنْ عُلِمَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكْثَرُ جَازَ فِيمَا لا رِبَا فِيهِ**) لانتفاء المزابنة عنه إذ ذاك، إذ المزابنة المدافعة من قوله: ناقة زبون، إذا منعت من حلابها، ومنه الزبانية لدفعهم الكفرة، فكان كل واحد من المتابعين يدفع صاحبه عن مراده ويعتقد أنه الغالب، فإذا علم أن أحدهما أكثر انتفى هذا.

وعموم قوله: (**جَازَ فِيمَا لا رِبَا فِيهِ**) يشمل غير المطعومين والمطعومين غير الربويين، وهو مقتضى النظر، لكن ذكر ابن رشد في جواز بيع الرطب باليابس إذا كانا غير ربويين ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز وإن تبين الفضل، وهو دليل ما في سماع عيسى وما في سماع أصبغ؛ لعموم النهي عن الرطب باليابس.

الثاني: أنه يجوز بشرط تحري المساواة، وهو أيضاً في سماع عيسى.

والثالث: التفصيل -كما أشار المصنف إليه- جائز إن تبين الفضل، وغير جائز إن لم يتبين الفضل، وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد.

ابن عبد السلام: وهو الصحيح. وقد ذهب فضل إلى أن هذا ليس باختلاف، وأن القولين الأولين راجعان إليه.

وَلَوْ دَخَلَتْهُ صَنْعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ جَازَ

أي: أن المصنوع يصير معداً لغير الأصل كالخبز بالعجين.

وقوله: (**جَازَ**) يعني: البيع إن كان نقداً أو إلى أجل، تقدم المصنوع أو تأخر زمناً لا يُصنع في مثلِهِ مثلُهُ، فإن تأخر قدر ما يصنع فيه منع لأنه مزابنة.

وفِيهَا: مَنْعُ بَيْعِ الْفُلُوسِ بِالنُّحَاسِ نَقْداً لأَنَّهُ مُزَابَنَةٌ، وجَوَازُ بَيْعِ النُّحَاسِ بِالتَّوْرِ النُّحَاسِ نَقْداً، واسْتَشْكَلَهُ الأَئِمَّةُ، وفُرِّقَ بِقِلَّةِ الصَّنْعَةِ فِي الْفُلُوسِ ....

التور: بالتاء المثناة المفتوحة. **الجوهري**: إناء يشرب فيه. ونسب هذه للمدونة لإشكالها؛ لأنه جعل الصنعة في الفلوس غير معتبرة بخلاف التور. وما حكاه المصنف من التفرقة هو المشهور. ومسألة الفلوس في السلم من المدونة.

ابن عبد السلام: ومسألة التور ليست بجلية في المدونة، ولكن هو المشهور. وذكر في البيان: في تور النحاس ثلاثة أقوال:

أحدها: جواز ذلك نقداً وإلى أجل لأجل الصنعة، وهو قول مالك في إحدى روايتي ابن وهب.

الثاني: جوازه نقداً وإن لم يتبين الفضل، ولا يجوز إلى أجل، وهو ظاهر المدونة لتشبيهه فيها ذلك بالكتان بثوب الكتان، وهي رواية ابن وهب الأخيرة.

والثالث: أن ذلك لا يجوز إلى أجل ويجوز في النقد إن تبين الفضل، وهو قول مالك في العتبية، وعليه تأول التونسي المدونة، وتأول غيره عليه عدم الجواز وإن تبين الفضل.

قال في البيان: ولا أعلم خلافاً في منع بيع الفلوس بالنحاس للمزابنة. قال: وأما مصنوع بمصنوع من النحاس فلا خلاف في جوازه. واعترضه التونسي وقال: لا فرق في القياس بين مصنوع بغير مصنوع أو مصنوع بمصنوع؛ لأن الصناعة إذا لم يكن لها تأثير في جهة فكذا في جهتين. انتهى.

واستشكل الأشياخ المنع في الفلوس، وقالوا: القياس جوازه؛ لأن الصنعة نقلته كما في التور. والفرق الذي ذكره المصنف لابن بشير، وفيه نظر.

ومِنْهُ بَيْعُ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ

الكالئ: مهموز، مأخوذ من الكلاءة بكسر الكاف، وهي الحراسة والحفظ. **فإن قيل**: فالدين مكلوٌّ فكيف أطلق عليه كالئاً ؟ **فجوابه**: يحتمل أن يكون مجازاً في المفرد، أطلق الكالئ على الدين المكلو مجازاً والعلاقة الملازمة.

وقد يرد اسم الفاعل بمعنى المفعول، كقوله تعالى: ﴿ **مِن مَّآءٍ دَافِقٍ** ﴾ [الطارق:٦] أي: مدفوق. ويحتمل في الإسناد؛ أي: إسناد الفعل إلى ملابس له بتأويل، أي: كالئ صاحبه كعيشة راضية. ويكون في الحديث إضمار تقديره: نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع مال الكالئ بمال الكالئ؛ لأن كل واحد من المتبايعين يكلأ صاحبه، أي: يحرسه لأجل ما له قِبَلَهُ، ولهذا وقع النهي عنه لأنه يفضي إلى كثرة المنازعة والمشاجرة. والنهي المشار إليه ذكره عبد الرازق، وقال: أخبرني الأسلمي، قال: حدثنا عبد الله بن عمر، وضعفه دينار قال: **نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ، وهو الدين بالدين.**

قال عبد الحق: الأسلمي هو إبراهيم بن محمد بن يحيى وهو متروك، كان يرمى بالكذب. قال بعض من تكلم على هذا الموضع: ووثقه الدارقطني، والشافعي، ومحمد بن سعيد الأصفهاني. وقد رواه الدارقطني من حديث موسى بن عقبة عن عبد الله بن دينار:

أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكالئ بالكالئ. وموسى بن عقبة مولى آل الزبير ثقة روى له الجميع.

وحَقِيقَتُهُ بَيْعُ مَا فِي الذِّمَّةِ بِشَيْءٍ مُؤَخَّرٍ

اعلم أن هنا ثلاث حقائق:

الأولى: فسخ الدين في الدين، وهو أن تبيع الدين ممن هو عليه بشيء مؤخر من غير جنسه أو من جنسه، وهو أكثر، والمنع في هذه أشد من الأخيرتين؛ لأنها ربا الجاهلية أو من رباها فهي محرمة بالقرآن، بخلاف الأخيرتين فإن الآية لا تقتضيهما، وإنما المنع فيهما بالحديث. ولا يجوز فيهما التأخير إلى مثل ذهابه إلى البيت، وأما أن يفارقه ثم يطلبه فلا يجوز إلا قدر ما لا يمكن القبض إلا به، فإن كان يسيراً فبقدر ما يأتي بمن يحمله. فإن كان طعاماً كثيراً جاز مع اتصال العمل ولو شهراً، قاله أشهب. قال: وهذا إذا كان ما يأخذه منه حاضراً أو في حكمه كالشيء [٤٥٥/ أ] يكون في منزله أو حانوته فيذهبان من فورهما إلى قبضه، وأما إن كان على ستة أميال، فقد كرهه مالك في الموازية حل الدين أو لم يحل.

الحقيقة الثانية: ابتداء الدين بالدين، وهو تأخير رأس مال السلم، وهذه المرتبة أخف المراتب؛ لأنهم أجازوا التأخير فيه بلا شرط ثلاثة أيام على المشهور.

الحقيقة الثالثة: بيع الدين بالدين، وهي كالواسطة بينهما.

اللخمي: واختلف في التأخير في بيع الدين، فمنع ذلك في المدونة إلا على المناجزة. وقال محمد: يجوز التأخير اليوم واليومين. قال: وهو أصوب، ولا فرق بين بيع الدين وابتداء الدين. وحكى ابن بشير في الصرف قولين: هل يلحق بيع الدين بابتداء الدين أو بفسخ الدين ؟ ولابد في حقيقة بيع الدين أن تتقدم عمارة الذمتين أو أحدهما، كمن له دين على رجل ولثالث دين على رابع فباع كل واحد ما يملك من الدين بدين صاحبه. وكذلك لو

كان لرجل دين على رجل فباعه من ثالث بدين. وعلى هذا فلابد في حقيقة بيع الدين بالدين من ثلاثة أشخاص، بخلاف فسخ الدين في الدين فإنه لا زيادة فيه على اثنين، فقد اتضح الفرق بينهما، وكذلك بينهما وبين ابتداء الدين بالدين؛ لأن ابتداء الدين بالدين إنما يعمر الذمتين عند المعاوضة بخلافهما.

إذا تقرر هذا فكلامه يشمل بيع الدين بالدين، وفسخ الدين في الدين؛ لأن كلاً منهما قد بيع فيه ما في الذمة بشيء مؤخر، ولا يشمل ابتداء الدين بالدين؛ لأنه لم يبع شيئاً قد تقرر في الذمة.

وقد يقال: بل كلامه يشمل الثلاثة؛ لأن تقدير كلامه: بيع شيء كائن في الذمة بشيء مؤخر، والكائن في الذمة أعم من أن يكون تقرر قبل ذلك أولاً، وإنما يأتي الحمل الأول إذا جعلت (ما) موصولة، وأما إذا جعلت نكرة موصوفة فلا، على أنه يمكن أن يشمل كلامه الثلاثة ولو جعلناها موصولة.

واعلم أن العقود التي تشترط فيها المناجزة ستة: الصرف، وبيع الطعام بالطعام، والإقالة من الطعام، والإقالة من العروض، وفسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين.

قال في المقدمات: وباب الصرف أضيق أبواب الربا.

ابن راشد: والإقالة من العروض دون الإقالة من الطعام في طلب المناجزة؛ لأن الإقالة من الطعام يحذر فيها من بيع الطعام قبل قبضه ومن فسخ الدين بالدين، والإقالة من العروض إنما يحذر فيها من فسخ الدين في الدين. وتقدم الخلاف في بيع الدين هل هو كابتداء الدين أو فسخه؟

وكَذَلِكَ بَيْعُهُ بِمَنَافِعَ، وقِيلَ: إِلا مَنَافِعَ عَيْنٍ

يعني: وكذلك يمتنع بيع الدين بمنافع مطلقاً، سواء كانت منافع معين أو منافع مضمونة.

وقال أشهب: إنما يمتنع إذا كانت المنافع مضمونة، وأما منافع معين فيجوز؛ لأن المنفعة إذا استندت إلى معين أشبهت المعينات المقبوضة لأنها أسندت إلى معين، كأن يفسخ الدين في ركوب دابة معينة إلى بلد، أو في كراء مضمون إلى بلد، وسبب الخلاف هل قبض الأوائل كقبض الأواخر؟ ورأى ابن القاسم أن المنافع وإن كانت معينة كالدين لتأخر إجزائها؛ أي: لأنها لا تقبض ناجزاً، ولأن الضمان من مالك الرقبة. وسبب الخلاف في المعين هل النظر إلى التعيين، أو النظر إلى عدم القبض وتأخيره.

وكلام المصنف هنا إنما هو في بيع الدين من المدين؛ لأنه سيتكلم في بيعه من غيره.

وصحح المتأخرون قول أشهب، لأنه لو كانت منافع المعين كالدين يمتنع فسخ الدين فيها لامتنع اكتراء الدواب واستئجار العبد وشبهه بدين، والمذهب جوازه. وفرق بأن اللازم في محل المنع هو فسخ الدين، وفي محل الجواز ابتداء الدين بالدين، وهو أخف.

وَفِي بَيْعِهِ بِمُعَيَّنٍ يَتَأَخَّرُ قَبْضُهُ كَالدَّارِ الْغَائِبَةِ وَالْمُوَاضَعَةِ، وَالْمُتَأَخِّرِ جِذَاذُهُ، قَوْلانِ ....

يعني: فلو باع الدين لمن هو عليه بدار غائبة أو أمة متواضعة أو ثمر بدا صلاحه ولا يجذ في الحال، فقولان: المشهور، وهو مذهب المدونة: المنع؛ لأنه قد تأخر القبض فأشبه الكالئ بالكالئ. والقول بالجواز لأشهب.

واستشكل الشيوخ المنع في الدار الغائبة؛ لأنها كالمقبوضة بنفس العقد على المشهور كما تقدم، بخلاف الأمة المتواضعة فإن ضمانها من بائعها، وكذلك المتأخر جذاذه فيه ضمان الجوائح. ولهذا قال جماعة: إن معنى المسألة أن الدار بيعت مدارعة فصار فيها حق توفية.

فَإِنْ بِيعَ مِنْ غَيْرِ الْمَدِينِ اشْتُرِطَ حُضُورُهُ وَإِقْرَارُهُ

يعني: فإن بيع الدين من غير من عليه الدين فيشترط حضور المديان وإقراره، أما حضوره فليعلم ملاؤه وعدمه، وأما إقراره فلئلا يكون من شراء ما فيه خصومة

وهو غرر. وإذا حصل هذان الشرطان جاز شراؤه اتفاقاً، وأما شراؤه وهو على ميت فمنعه في الموطأ.

ابن رشد: ولا خلاف فيه لأنه غرر، إذ قد يكون عليه أكثر من تركته فلا يكون له إلا ما نابه في الخصاص، وهو مجهول. وأما إن كان حياً ولكنه غائب فإن لم تكن عليه بينة فنص مالك في غير موضع على المنع. وظاهر قول أصبغ في العتبية: جواز بيعه، وعلى ذلك فهمها ابن رشد، وتأوله في موضع آخر على أن الغيبة قريبة، وإن كانت عليه بينة فالمشهور: أنه لا يجوز، إذ لا يدري أهو حي أم ميت، مقر هو أم منكر؟

ابن رشد: وأجازه ابن القاسم في سماع موسى إذا كانت غيبته قريبة بحيث يعرف حاله، وقاله أصبغ في نوازله، ورواه ابن دينار عن مالك. وإن كان حاضراً فهل يشترط إقراره؟ المشهور: اشتراطه.

ابن رشد: وتقوم إجازته [٤٥٥/ ب] من إجازة ابن القاسم بيع الدار التي فيها خصومة على ما وقع في بعض روايات المدونة.

ومِنْهُ بَيْعُ الْغَرَرِ، وهُوَ ذُو الْجَهْلِ والْخَطَرِ وتَعَذُّرِ التَّسْلِيمِ

في مسلم: **نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وبيع الغرر**. وهو يشتمل على ثلاثة أنواع؛ **أحدها**: هذا، والجهل بينه في قوله: (كزنة حجر مجهول، وكتراب الصواغين). **الثاني**: هو الخطر، وهو ما تردد بين السلامة والعطب، كبيع المريض في السياق، والآبق، والشارد، والثمار قبل بدو صلاحها على التبقية.

الثالث: تعذر التسليم نحو الطير في الهواء، والسمك في الماء، وقد يحتمل اثنان في محل واحد كالطير في الهواء، وكلامه ظاهر.

وبَعْضُهُ مَعْفُوٌّ، قَالَ الْبَاجِيُّ: الْيَسِيرُ. وزَادَ الْمَازِرِيُّ: غَيْرُ مَقْصُودٍ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ

أي: وبعض الغرر معفو، إذ لا يكاد يخلو بيع عنه. وقوله: (**قَالَ الْبَاجِيُّ**) هو تفسير للبعض المعفو عنه. و(**الْيَسِيرُ**): خبر مبتدأ محذوف.

وزاد المازري مع قيد اليسارة قيدين آخرين: أن يكون غير مقصود، وأن يكون محتاجاً إليه. وقرره في المعلم بأن العلماء أجمعوا على فساد بعض بياعات الغرر؛ كالأجنة، والطير في الهواء، والسمك في الماء. وأجمعوا على صحة بعضها؛ كالجبة وإن كان حشوها مغيباً، وكإجارة الدار مشاهرة مع كون الشهر ناقصاً وكاملاً، وكدخول الحمام والشرب من السقاء مع اختلاف الناس في الاستعمال والشرب من السقاء. واختلفوا في بعضها، فيجب أن يبحث عن الذي يعرف منهم اتفاقهم واختلافهم، ففهمنا عنهم أنهم إنما منعوا بيع الأجنة لعظم غررها وأن الغرر فيها مقصود، وأجازوا تلك المسائل لأن الغرر فيها يسير غير مقصود وتدعو الضرورة إلى العفو عنه.

والْخِلافُ فِي بَعْضِهَا لِتَحَقُّقِهِ، فَفِي بَيْعِ الإِمَاءِ وغَيْرِهِنَّ بِشَرْطِ الْحَمْلِ الظَّاهِرِ، ثَالِثُهَا: إِنْ قَصَدَ الْبَرَاءَةَ مِنْهُ صَحَّ وإِلا فَسَدَ ....

يعني: والخلاف في بعض البياعات المشتملة على الغرر لتحقق ذلك القدر هل هو من اليسير فيعفى عنه أو من الكثير فلا يعفى عنه. وينبغي إذا شك في محل هل هو من اليسير أو من الكثيرِ المنعُ؛ لأنه أسعد بظاهر الحديث. وقد يقال: بل الغرر مانع والشك فيه غير قادح، إذ الأصل الجواز.

وقوله: (**فَفِي بَيْعِ الإِمَاءِ...**) إلى آخره. يعني: أن المذهب اختلف في جواز بيع الأمة، والشاة، والناقة، والبقرة بشرط أنها حامل على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه جائز، سواء قصد بشرطه التبرؤ أو زيادة الثمن؛ لأنه تبرأ في الأول من عيب، وفي الثاني الغالب سلامته وولادته.

الثاني: أنه ممتنع وهو مذهب المدونة، وعلله بأنه كأنه أخذ لجنينها ثمناً.

والثالث لمالك في الموازية: إن قصد البراءة صح، وإن قصد الاستزادة لم يصح.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب، وبعضهم رد القولين الأولين عليه.

خليل: وفي كلام المصنف نظر؛ لأنه يقتضي أن القول الثاني أنه لا يصح وإن قصد البراءة، وهذا لا ينبغي أن يختلف في جوازه. وقد صرح ابن زرقون بذلك، وإنما الخلاف إذا قصد الاستزادة في الثمن والمشهور المنع ولفظ ابن زرقون: اختلف في بيع الجارية التي يزيد في ثمنها الحمل على أنها حامل والبقرة وغيرها، على ذلك فمنعه مالك في سماع ابن القاسم وإن كانت ظاهرة الحمل، وأجازه سحنون إذا ظهر الحمل، وأجازه أشهب وإن لم يظهر. فإذا قلنا بهذا القول فوجدها غير حامل، فقال أشهب: يردها. وقال ابن أبي حازم: إن باعها وهو يظن أنها حامل فإذا هي غير حامل فلا يردها، وإن علم أنها غير حامل بمعرفته أن الفحل ينزو عليها فله أن يردها؛ لأنه غره وأطمعه. وأما إن كانت الجارية رفيعة ينقصها الحمل فباعها على أنها حامل وهي ظاهرة الحمل، فلا خلاف في جوازه؛ لأن ذلك على معنى التبرؤ، وإنما لا يفسد البيع في الرمكة على أنها حامل في قول من أجازه إذا قال ذلك قولاً مطلقاً. ولو قال: إنها حامل من فرس أو من حمار لفسد البيع؛ لاحتمال أن يكون انفلت عليها غير الذي سماه.

وَأَمَّا بِشَرْطِ الْخَفِيِّ فَفَاسِدٌ إِلا فِي الْبَرَاءَةِ

أي: فلا يجوز اشتراط الحمل الخفي إذا قصد به الاستزادة، وقد تقدم قول أشهب أنه أجازه، سواء كانت ظاهرة الحمل أم لا. وما ذكره من جواز التبرؤ في الحمل الخفي إنما هو في الأمة الوخش، وأما الرائعة فلا يجوز بيعها بشرط البراءة منه؛ لأن الحمل يضع من ثمنها كثيراً وذلك غرر، نص عليه في المدونة وغيرها. قال: وهذا مع انتفاء السيد من

وطئها، وأما إن أقر بوطئها لم يجز بيعها وإن كانت وخشاً، إذ لا خلاف أن البراءة لا تنفع من حمل يلزمه.

ومِنْهُ بَيْعُ الْمَضَامِينِ والْمَلاقِحِ، وحَبَلُ الْحَبَلَةِ، وفِي الْمُوَطَّأ؛ الْمَضَامِينُ: مَا فِي بُطُونِ إِنَاثِ الإِبِلِ، والْمَلاقِيحُ: مَا فِي بُطُونِ الفُحُولِ. وعَكَسَ ابْنُ حَبِيبٍ، وفِيهِ حَبَلُ الْحَبَلَةِ: بَيْعُ الْجَزُورِ إِلَى أَنْ يُنْتِجَ نِتَاجَ النَّاقَةِ. ورَوَى ابْنُ حَبِيبٍ: بَيْعُ نِتَاجِ نِتَاجِ النَّاقَةِ ....

النهي في الموطأ، وكلامه ظاهر التصور.

ومِنْهُ بَيْعُ الْمُلامَسَةِ: وهُوَ أَنْ يَلْمِسَ الثَّوْبَ فَيَجِبُ الْبَيْعُ مِنْ غَيْرِ تَبْيِينٍ. ومِنْهُ بَيْعُ الْمُنَابَذَةِ: وهُوَ أَنْ يَتَنَابَذَا ثَوْبَيْنِ فَيَجِبُ الْبَيْعُ ....

في الصحيح: أنه -عليه السلام- نهى [٤٥٦/أ] عن بيعتين في بيعة، وعن بيع الملامسة، وبيع المنابذة. قال في البخاري؛ الملامسة: لمس الثوب لا ينظر إليه ولا يقلبه. والمنابذة: طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه وينظر إليه.

وفي مسلم؛ الملامسة: لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك. والمنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض به.

ومِنْهُ بَيْعُ الْحَصَاةِ: وهُوَ أَنْ تَسْقُطَ حَصَاةٌ مِنْ يَدِهِ فَيَجِبُ الْبَيْعُ، وقِيلَ: أَنْ تَسْقُطَ عَلَى ثَوْبٍ فَيَتَعَيَّنُ، واسْتَشْكَلَهُمَا الْمَازِرِيُّ ....

سبق اللخمي المازري إلى هذا الإشكال، ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا جعل سقوط الحصاة أو رميها دليلاً على البيع، فإذا حصل بذلك فلا غرر لأنه رضى.

وكلام المازري الذي أشار إليه المصنف هو في المعلم؛ لأنه قال فيه: قيل في هذا الحديث تأويلات منها: أن يكون المراد أنه يبيع من أرضه قدر ما انتهت إليه رمية الحصاة، ولا شك أن هذا مجهول لاختلاف الرمي. وقيل معناه: أيُّ ثوب وقعت عليه حصاتي فهو مبيع، هذا أيضاً مجهول كالأول. وقيل معناه: ارمِ بالحصاة فما خرج فلك بعدده دنانير أو دراهم، وهذا أيضاً مجهول. وهذه تأويلات تتقارب، وكلها يصح معه المنع. وقيل تأويل رابع، وخامس؛ فقيل معناه: أنه إذا أعجبه الثوب ترك عليه حصاة، وهذا إذا كان بمعنى الخيار، وجعل رمي الحصاة علماً على الاختيار لم يجب أن يمتنع إلا أن تكون عادتهم في الجاهلية أن يضيفوا إلى ذلك أموراً تفسد البيع، ويكون ذلك عندهم معروفاً ببيع الحصاة، مثل أن يكون متى ترك الحصاة ولو بعد عام وجب له البيع فإنه فاسد.

وقيل: إن كان الرجل يسوم الثوب وبيده حصاة، فيقول: إذا سقطت من يدي فيجب البيع، وهو أيضاً كالذي قبله. انتهى.

ومِنْهُ بَيْعَتَانِ فِي بَيْعَةٍ ومَحْمَلُهُ عِنْدَ مَالِكٍ: عَلَى سِلْعَةٍ بِثَمَنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، أَوْ سِلْعَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ عَلَى اللُّزُومِ لَهُمَا أو لأَحَدِهِمَا وإلا جَازَ ....

روى الترمذي من حديث أبي هريرة وصححه قال: **نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة**. ومحمله عند مالك على صورتين؛ **الأولى**: أن يبيع الرجل سلعته بثمنين مختلفين، وسواء اختلفا في الجنس، أو القدر، أو الصفة على وجه يتردد نظر العاقل فيه، كما لو قال: بعشرة نقداً، أو بعشرين إلى أجل. ولو عكس جاز؛ لأن كل عاقل لا يختار إلا الأقل في المقدار والأبعد في الأجل. وكلام المصنف لا يؤخذ منه هذا، وكأن المصنف أسقطه لندوره.

والصورة الثانية: أن يبيع منه سلعتين مختلفتين بثمن واحد. ونقل **ابن عبد السلام** عن ابن حبيب الجواز في الصورة الأولى. أعني: إذا كان الثمن عيناً من صفة واحدة واختلف الأجل.

وقوله: (**عَلَى اللُّزُومِ**) أي: وشرط منع النوعين معاً أن يكون المبيع لازماً للمتبايعين أو لأحدهما، وإن لم يكن على اللزوم لهما أو لأحدهما جاز.

ووجه الفساد مع اللزوم: الغرر، إذ لا يدري البائع بما باع ولا المشتري بما اشترى، ولأنه يلزم منه فسخ الدين في الدين، وقد يختار الأقل ثم يفسخه في الأكثر، وإن كان بذهب وفضة لزم منه أيضاً الصرف المستأخر. وأجمل المصنف في اختلاف السلعتين. وذكر بعضهم في المسألة أربعة أقوال؛ **أولها** للمدونة: أن ذلك ممتنع فيما عدا الجودة والرداءة من صنفيه، أو صفة، أو رقوم. وأما إن اختلفا بالجودة والرداءة فقط فيجوز، وإن اختلفت القيمة وليس من بيعتين في بيعة.

ثانيها لابن المواز: إن اختلفا في الصنفية أو الصفة اختلافاً متبايناً يبيح سلم أحدهما في الآخر فلا يجوز. وإن اختلفا في الصفة ولم يتباينا تبايناً يجوز سلم أحدهما في الآخر جاز.

وثالثها لأشهب وعبد الملك: يجوز وإن اختلفا بالصنفية أو الصفة اختلافاً يبيح سلم أحدهما في الآخر.

ورابعها لابن حبيب: لا يجوز إلا أن يكون صنفاً واحداً أو صفة واحدة وقيمتها واحدة، ولو اختلفا بالجودة والرداءة وبالقيمة لم يجز.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب؛ لأن الإلزام مع اختلاف القيمة موجب للجهالة، وأشد منه إذا اختلفت صفاتها. ولو قيل: لا يجوز وإن تساوت قيمتها لكان له وجه.

وقوله: (**وَإِلا جَازَ**) أي: وإن لم يختلف الثمنان ولا المثمونان أو اختلفا وكان المتبايعان معاً بالخيار جاز.

فَلَوْ قَالَ: خُذْ بِأَيِّهِمَا شِئْتَ. فَرِوَايَتَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ الْتِزَامٌ أَوْ لا

يعني: لو قال البائع للمشتري: خذ هذا الثوب أو هذه الشاة بدينار، ولم يزد على ذلك. فعن مالك -رحمه الله- روايتان سببهما ما ذكره المصنف. والبطلان رواية لابن القاسم، وابن وهب. **ابن المواز**: وهي أصح، والصحة رواية لأشهب.

ولَوِ اشْتَرَى عَلَى اللُّزُومِ ثَوْباً يَخْتَارُهُ مِنْ ثَوْبَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ جَازَ، وكَذَلِكَ الْعَبِيدُ، والْبَقَرُ، والْغَنَمُ، والشَّجَرُ غَيْرُ الْمُثْمِرِ مَا لَمْ يَكُنْ طَعَاماً ....

قوله: (**يَخْتَارُهُ مِنْ ثَوْبَيْنِ**) ظاهره: ولو كانا مختلفي الثمن، وهو مذهب المدونة كما تقدم. وهذه المسألة مقيدة بما إذا كان الخيار للمشتري، وأما إن كان للبائع لم يجز كما بينه في النكاح من المدونة فيمن نكح امرأة على أحد عبديه.

وذكره المصنف في باب الصداق، فقال: ويجوز على عبد تختاره لا يختاره هو كالبيع.
وقوله: (**مَا لَمْ يَكُنْ**) يعني: المشترى طعاماً، وسيأتي.

وإِنِ اخْتَلَفَتِ الأَجْنَاسُ لَمْ يَجُزْ كَحَرِيرٍ وصُوفٍ، أَوْ بَقَرٍ وغَنَمٍ

هذا ظاهر، وهو حقيقة بيعتين في بيعة.

ولَوِ اشْتَرَى نَخْلَةً مُثْمِرَةً، أَوْ ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ مِنْ نَخَلاتٍ لَمْ يَجُزْ

لما ذكر أولاً قوله: (**مَا لَمْ يَكُنْ طَعَاماً**) تكلم على ذلك، يعني: ولو فرضنا المسألة السابقة في طعام لم يجز، سواء كان مع عرض، وهو قوله: (**نَخْلَةً مُثْمِرَةً**) أو لا عرض معه، [٤٥٦/ ب] وهو قوله: (**ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ**) وسواء كان الطعام متفقاً كما مثل به، أو مختلفاً كثمرة وقمح. صرح بذلك في المدونة، وعلل بعلتين: التفاضل في بيع الطعام من صنف واحد، وبيعه قبل قبضه إن كان على الكيل؛ لاحتمال أن يدع واحدة بعد اختيارها ويأخذ أخرى.

واختلف إذا تساوى الطعام هل يجوز ذلك فيه أم لا ؟ فقال فضل: يجوز. وفي كتاب أبي الفرج والواضحة: المنع من ذلك.

ابن حبيب: ويدخله بيع الطعام قبل استيفائه. وضعفوا هذا التعليل، وقالوا: بل يدخله طعام بطعام على خيار وليس يدخله بيعه قبل قبضه؛ لأنه لو أسلم في محمولة جاز أن يأخذ سمراء مثل الكيل بعد الأجل وهو بدل.

واختار اللخمي في ذلك الجواز، ويحال المشتري في ذلك على دينه، ويؤمر إذا اختار شيئاً ألا ينتقل عنه.

وروى ابن حبيب عن مالك فيمن قال: أبيع منك من هذه الصبرة عشرة آصع وإن شئت من هذه الصبرة التي هي من جنسها بدينار وعقدا على ذلك، لم يجز. ابن الكاتب، ومعنى ذلك: إذا تأخر الاختيار عن وقت العقد.

وقال ابن محرز: إذا اشترى عشرة أقفزة يختارها من صبرتين من جنس واحد، توقف فيها الشيخ أبو الحسن، وأجازها من لقينا من الشيوخ.

فضل: وظاهر المدونة الجواز وفيه مغمز؛ لأن الطعام بالطعام لا يجوز فيه خيار ساعة.

ابن عبد السلام: لا أدري من أين أخذها من المدونة، وفي أواخر كتاب الخيار من المدونة خلافه فانظره.

بِخِلافِ الْبَائِعِ يَسْتَثْنِي أَرْبَعَ نَخلاتٍ أَوْ خَمْساً مِنْ حَائِطِهِ إِنْ كَانَتْ يَسِيرَةً يَخْتَارُهَا، فَإِنَّ مَالِكاً أَجَازَهُ بَعْدَ أَنْ وَقَفَ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً، وكَرِهَهُ ابْنُ الْقَاسِمِ ....

أي: البائع يخالف المشتري في المسألة المتقدمة إذا كان الخيار له، فأجازه مالك إذا كان ما استثنى يسيراً. ولم يكتف المصنف بالأربع عن التقييد باليسير؛ لأن الحائط قد تكون نخلاته كلها يسيرة.

ومراده بـ(**اليسير**) قدر الثلث فأدنى، كما تقدم. ونسب لابن القاسم الكراهة، والذي في الرواية؛ وقال ابن القاسم: لا يعجبني ذلك، فإن وقع أمضيته لقول مالك فيه. قال: وما رأيت من أعجبه ولا أحب لأحد أن يدخل فيه. وقد أضاف الباجي إليه المنع. ونقل عنه ابن محرز أنه قال: لا خير فيه.

ابن عبد السلام: والمنع أقرب إلى لفظه.

أبو الحسن: ولو كان مراده الكراهة على بابها، لمضى على قوله ولم يحتج إلى التعليل بمراعاة قول مالك، وعلى هذا فنسبة الكراهة إليه ليست بجيدة. واختلف في الجواب عن توقف الإمام، فقال عبد الحق: لأن البائع يعلم من حائطه جيده من رديئه، فلا يتوهم فيه أن يختار هذه ثم ينتقل، بخلاف المشتري. وقيل: لأن مالكاً يرى أن المستثنى عنده مبقى غير مشترى، ولو قال: إنه مبيع لمنع.

ومِنْهُ بَيْعُ عَسِيبِ الْفَحْلِ، وحُمِلَ عَلَى اسْتِئْجَارِ الْفَحْلِ عَلَى عُقُوقِ الأُنْثَى، ولا يُمْكِنُ تَسْلِيمُهُ، فَأَمَّا عَلَى أَكْوَامٍ أَوْ زَمَانٍ فَيَجُوزُ ....

روى البخاري عن ابن عمر قال: **نهى رسول صلى الله عليه وسلم عن عسيب الفحل**. ويقال: عسب وعسيب بالياء ودونها. **عياض** في المشارق: وعسب الفحل المنهي عنه هو كراء ضرابه، والعسيب هو نفسه الضراب، قاله أبو عبيدة.

وقال غيره: لا يكون العسيب إلا الضراب، والمراد: الكراء عليه، لكنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه. وقيل: العسيب ماؤه. وفي الجوهري: العسيب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل. ونهى عن عسب الفحل، تقول: عسب فحله يعسبه؛ أي: أكراه. وعسب الفحل أيضاً: ضرابه، ويقال: ماؤه.

وحمل أهل المذهب ذلك على الإجارة المجهولة، وهو أن يستأجره حتى تحمل الأنثى، وهذا هو مراده بعقوق الأنثى، وهذا القدر مجهول؛ لأنه قد لا تحمل فيغبن صاحب الأنثى، أما إذا كانت الإجارة مضبوطة بأكوام أو زمان فهي جائزة.

عياض: والأكوام جمع كَوم بفتح الكاف، وهو الضراب والنزو. ويقال: كامها يكومها إذا فعل بها ذلك.

فَلَوْ سَمَّيَا أَكْوَاماً فَعَقَّتْ فِي الأُولَى انْفَسَخَتْ

أي: انفسخت الإجارة في بقية المرات، وستأتي نظائرها في باب الإجارة إن شاء الله.

وصواب قوله: (**عَقَّتْ**): أعقت. الجوهري: وأعقت الفرس؛ أي: حملت فهي عقوق، ولا يقال: معق إلا في لغة رديئة، والجمع: عقق كرسول ورسل.

ومِنْهُ بَيْعٌ وشَرْطٌ، وحُمِلَ عَلَى شَرْطٍ يُنَاقِضُ مَقْصُودَ الْعَقْدِ، مِثْلَ أَلا يَبِيعَ ولا يَهَبَ غَيْرَ تَنْجِيزِ الْعِتْقِ لِلسُّنَّةِ ....

ذكر عبد الحق في أحكامه عن عبد الوارث بن سعيد، قال: حدثنا أبو حنيفة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: **نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط**. وحمله أهل المذهب على الشرط الذي لا يتم معه المقصود من البيع. ومثل ما يناقضه بأن لا يبيع ولا يهب، ثم استثنى من ذلك تنجيز العتق، فإنه وإن كان يناقض مقتضى العقد فهو جائز. وأشار بالسنة إلى حديث بريرة، واحترز بالتنجيز من تدبيره أو عتقه إلى أجل أو نحو ذلك، فإنه فاسد.

فرعان مرتبان:

الأول: إذا أجزنا البيع بشرط العتق فهل يجبر عليه وهو قول أشهب، وابن كنانة، أو لا وهو قول ابن القاسم، ثم اختلف [٤٥٧/أ] الأشياخ في محل الخلاف؛ فقيل: إن

المشترط عليه إن عقد الشراء على أنه بالخيار في إبقائه لم يجبر، وإن قصد أنه حر بنفس التزام الشراء ألزم ذلك، وكذلك إن التزم ذلك، ويجبر عليه إن امتنع وإلا أعتقه عليه الحاكم، وإنما الخلاف فيما إذا وقع الشراء على الإطلاق، وإليه ذهب اللخمي. وقيل: الخلاف فيما إذا اشترط العتق على جهة الإيجاب.

الثاني: إذا قلنا بفساد البيع لأجل اشتراط التدبير ونحوه، وقلنا بفسخه، فلو أسقط البائع شرطه، فقال ابن القاسم: يمضي. وقال أشهب: لا يمضي.

أَوْ يَعُودُ بِخَلَلٍ فِي الثَّمَنِ، كَشَرْطِ السَّلَفِ مِنْ أَحَدِهِمَا

هذا قسيم قوله: (على شرط يناقض مقتضى العقد) أي: المنهي عنه قسمان؛ قسم: يناقض مقتضى العقد. وقسم: يعود بجهالة في الثمن؛ لأنه لما وقع البيع على السلف صار من جملة الثمن والانتفاع به مجهول. والذي علل به الكثير من علمائنا المنع بأنه يؤول إلى سلف جر منفعة. وعلى هذا فيدعي أن الحكم معلل بعلتين، وما علل به المصنف هو في ابن شاس، وعلل به صاحب الاستذكار.

فَلَوْ أَسْقَطَ، فَقَوْلانِ

أي: لو أسقط مشترط السلف شرطه، فالمشهور صحة البيع إذا تبين أنه لا مقابل له. والشاذ لابن عبد الحكم: لا يصح؛ لأنهما دخلا على الفساد ابتداء. ورواه المدنيون عن مالك. وعلى المشهور من تخيير المتسلف في إسقاط شرطه ويصح البيع، فهل يشترط في التخيير ألا يكون قبض السلف وغاب عليه؟ وأما إن غاب عليه فلا يخير ويرد السلعة وينقض البيع؛ إذ ثم الربا بينهما للذي اشترط ذلك، ذهب إلى ذلك سحنون وابن حبيب، قالا: وإن فاتت بيدي المشتري ففيها القيمة ما بلغت. وذكر أصبغ عن ابن القاسم أن الغيبة على السلف لا تمنع تخيير المشتري، فيرده إن كانت السلعة قائمة، وإن فاتت فعلى

المشتري الأكثر من الثمن أو القيمة. واختلف على ما تحمل عليه المدونة من القولين، والأكثرون حملها على قول ابن القاسم. وصرح **ابن عبد السلام** بمشهوريته. وذكر **ابن راشد** قول سحنون ثالثاً.

وظاهر إطلاقهم وإطلاق المصنف أنه لا فرق بين أن يكون الإسقاط قبل فوات السلعة أو بعد فواتها، لكن ذكر المازري أن ظاهر المذهب أنه لا يؤثر إسقاطه بعد فواتها في يد مشتريها؛ لأن القيمة حينئذ قد وجبت عليه فلا يؤثر الإسقاط بعده.

وذكر المازري أن بعض الأشياخ خرج قولاً بالصحة مع إسقاط الشرط ولو مع الفوات، واعترضه. وتركته خوف الإطالة.

ومفهوم قوله: (**أَسْقَطَ**) أنه إن لم يسقط لم يختلف في فساده، وهو كذلك. فإن كانت السلعة قائمة ردت، وإن فاتت فثلاثة أقوال: روى يحيى عن ابن القاسم أن عليه القيمة ما بلغت، كان السلف من البائع أو من المبتاع، ويرد السلف.

الثاني مذهب المدونة -نص عليه في كتاب الآجال-: إن كان السلف من البائع فله الأقل من الثمن أو القيمة يوم القبض ويرد السلف وإن كان الثمن مائة والسلف خمسين وكان السلف من المشتري فعليه الأكثر، فإن كانت القيمة أكثر من مائة وخمسين أخذها البائع وإن كانت أقل من مائة وخمسين لم ينقص المشتري من ذلك؛ لأنه رضي بمائة ثمناً ومعها خمسون يدفعها سلفاً، فإذا قبضنا منه المائة وأسقطنا عنه الخمسين فقد أحسنا إليه، وإن كان السلف من البائع فله الأقل منهما، فإن كانت القيمة خمسين أو ستين أخذها، وإن كانت أكثر من مائة لم يزد عليها.

الثالث لأصبغ: قال كذلك إلا أنه رأى أن القيمة إذا زادت على المائة التي هي الثمن والخمسين السلف لا يقضى للبائع بأكثر منها؛ لأنه يقال له: أنت رضيت بالمائة تملكها

وتبعه بالخمسين، فإذا ملكناك السلف فقد أحسنا إليك. لكن اختلف هل هو وفاق لما في الكتاب أو خلاف، والظاهر هو الأول.

عياض: وظاهر الكتاب خلاف أصبغ. وأورد على المشهور لو باع سلعة وخمراً بثمن فإن البيع لا يصح ولو أسقط الخمر. وفرق القاضي إسماعيل بأن مشترط السلف يخير في أخذه وتركه، وإنما تكون كالسلف لو قال: أبيعك على أني إن شئت أن تزيد في زق خمر زدتني وإن شئت تركته، فلو تركه جاز البيع.

ورده صاحب الاستذكار بأن مشترط الخمر لو شاء تركه كمشترط السلف سواء فلا فرق. وأجاب ابن زرقون: بأن مشترط السلف إذا تركه لم يجبر على أخذه، بخلاف مشترط الخمر؛ لأنه مشترى له، ومن اشترى شيئاً أجبر على قبضه.

وفرق أيضاً: بأن البيع والسلف أصلان لو انفرد كل واحد منهما لجاز، والخمر لو انفردت وحدها لم يجز، وبأن الفساد في مسألة الخمر فساد راجع إلى ماهية المبيع؛ لفساد المعقود عليه، بخلاف البيع والسلف، فإن الفساد خارج عن الماهية.

فَلَوْ بَاعَهُ الْمَدِينُ سِلْعَةً عَلَى أَلا يُقَاصَّهُ، فَفِي مَنْعِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ شَرْطٌ لِلتَّأْخِيرِ أَوْ لا ....

يعني: لو كان لرجل دين حال على آخر فباع المدين سلعة لرب الدين بثمن من جنس الدين وشرط في عقدة البيع ألا يقاصه، فقال ابن القاسم: يمنع [٤٥٧/ ب] لأن العرف في مثله يقتضي أن ذلك قرينة في تأخيره، ومن أخر ما عجل عد مسلفاً.

قال شيخنا: ولو علل أيضاً بأنه يسامحه فيكون هدية مديان لكان له وجه.

وروى أشهب أنه ليس في التزام عدم المقاصة ما يقتضي تأخيره، ولو شرط التأخير فسد اتفاقاً.

فَأَمَّا الرَّهْنُ والْكَفِيلُ والأَجَلُ فَلا

أي: وأما البيع باشتراط هذه الأربعة فليس من المنهي عنه.

ومِنْهُ بَيْعُ الْعُرْبَانِ، وهُوَ أَنْ يُعْطِيَ شَيْئاً عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَرِهَ الْبَيْعَ أَوِ الإِجَارَةَ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ ....

روى مالك، وأبو داود: أنه -عليه الصلاة والسلام- **نهى عن بيع العربان**. وكلامه ظاهر التصور. **والعربان**: العربون، وفيه ست لغات: عُربون وعَربون وعُربان، وبالهمزة موضع العين في الثلاثة.

فرع:

فلو وقع البيع والكراء على ذلك، فقال عيسى بن دينار: يفسخ، فإن فاتت مضت بالقيمة.

ومِنْهُ بَيْعُ الْكَلْبِ، وفِي الْمَأْذُونِ الْكَرَاهَةُ والتَّحْرِيمُ. وأَمَّا مَنْ قَتَلَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ، وأَمَّا غَيْرُ الْمَأْذُونِ فَلا شَيْءَ عَلَى قَاتِلِهِ؛ لأَنَّهُ مِمَّا يُقْتَلُ

قد تقدم هذا في أول البيوع.

ومِنْهُ تَفْرِيقُ الأُمِّ مِنْ وَلَدِهَا، قَالَ مَالِكٌ: مَا لَمْ يَسْتَغْنِ عَنْ أُمِّهِ. فَقِيلَ: الإِثْغَارُ. وقِيلَ: سَبْعُ سِنِينَ. وقِيلَ: الْبُلُوغُ ....

لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبابه يوم القيامة**». حسنه الترمذي.

وما ذكره المصنف عن مالك من تفسير النهي بحالة عدم الاستغناء هو لمالك في المدونة، وفسر فيها الاستغناء بأن يستغني في أكله وشرابه ومنامه وقيامه.

واختلف هل النهي لحق الولد -وعليه ما في الموازية- إذا رضيت الأم بالتفرقة فليس ذلك لها؟ أو هو حق الأم -وعليه ما في المختصر- إذا رضيت الأم بالتفرقة فلا بأس؟

واختار اللخمي، وابن يونس وغيرهما الأول. وقوله: (**فَقِيلَ: الإِثْغَارُ**) هو كالتفسير للاستغناء. وظاهر كلامه: أن هذه الأقوال لأهل المذهب في تفسير الاستغناء الذي نص عليه مالك، وهو جيد لو لم يكن مالك نص على بعض هذه الأقوال.

وقد نص على الأول في المدونة، فقال: وحد ذلك الإثغار ما لم يعجل به جواريَ كنَّ أو غلماناً.

والقول بسبع سنين لابن حبيب، والقول بالبلوغ رواه ابن غانم، وقال ابن وهب: حد ذلك عشر سنين.

المازري: وقال محمد بن عبد الحكم: لا يفرق بينهما ما عاشا. ولأجل المنع من التفرقة قالوا: إذا اشتراهما شخص ثم اطلع على عيب بأحدهما فليس له إلا رد الجميع.

فَإِنْ فُرِّقَا، فَقِيلَ: يُفْسَخُ مُطْلَقاً ويُعَاقَبَانِ، وقِيلَ: إِنْ لَمْ يَجْمَعَاهُمَا. وقِيلَ: يُبَاعَانِ

يعني: فإن فرقا إما ببيع، أو إجارة، أو نكاح، أو نحو ذلك. والقول بفسخه -يعني مطلقاً سواء جمعاهما أو لا- ذكره ابن حبيب عن مالك وأصحابه. والقول بفسخه إن لم يجمعاهما -أي في ملك- هو مذهب المدونة. وكان ينبغي تقديمه لأنه المشهور، وقد صرح المازري بمشهوريته. والثالث لابن المواز، قال: وأما الفسخ فلا.

ومنشأ الخلاف هل منع التفرقة حق لله تعالى فيكون العقد على أحدهما فاسداً فلابد من فسخه كالخمر، أو حق لآدمي فيكفي اجتماعهما؟ ثم هل في الحوز أو في الملك؟

فَإِنْ فُرِّقَا بِغَيْرِ عِوَضٍ، فَقِيلَ: يُبَاعَانِ إِنْ لَمْ يَجْمَعَاهُمَا فِي مِلْكٍ. وقِيلَ: إِنْ لَمْ يَجْمَعَاهُمَا فِي حَوْزٍ ....

كما لو وهب الأم دون ولدها أو العكس، أو وهب كلاً منهما لشخص، لم يختلف أنه لابد من الجمع. واختلف قول مالك هل لا يكتفى إلا بالاجتماع في الملك كما لو فرقا

بعوض، أو يكتفى بالاجتماع في الحوز؟ لأن السيد لما ابتدأ فعله بالمعروف من الصدقة والهبة، والغالب أنه لم يقصد الضرر فكان كالعتق.

وهذا الثاني هو ظاهر المدونة عند ابن أبي زيد. وقال ابن المواز: أحب إلينا الاجتماع في الملك وإلى من لقينا، ولو جاز هذا لجاز في الوارثين. وقد قال مالك: لا يقتسمان وإن شرط ألا يفترقا في الحيازة.

وحكي عن ابن حبيب ثالث: وهو جواز الجمع في الحوز إذا كان الشمل واحداً، مثل أن تتصدق المرأة على زوجها أو هو عليها، والأب على ابنه والابن على أبيه، لا إن لم يكن الشمل واحداً، وتصح الهبة والصدقة ويؤمر بالمقاواة أو ببيعهما من واحد ويأخذ كل واحد ما ينوبه من الثمن.

تنبيه:

منع التفرقة خاص عندنا بالأم، وتجوز التفرقة في الأب والجد للأب أو للأم، قاله في المدونة وغيرها.

واختار اللخمي منع التفرقة في الأب. فإن قلت: يلزم هنا وفيما إذ فرقا بعوض وامتنعا من جمعهما في ملك جمع الرجلين سلعتهما في البيع كما أشار إليه بعضهم، قيل: يمكن أن يدفع ذلك بأن يقوَّم كل من الولد والأم قبل البيع ثم يفض الثمن عليهما فلا تقع جهالة، أو أجيز ذلك هنا للضرورة الداعية إلى ذلك بخلاف الاختيار. وأجاب بالأول غير واحد، وبالثاني أيضاً عياض.

ومِنْهُ أَنْ يَبِيعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، ومَحْمَلُهُ إِذَا رَكَنَ الْبَائِعُ، وفِي فَسْخِهِ قَوْلانِ كَالنِّكَاحِ

في الصحيح: قال صلى الله عليه وسلم: «**لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له**». وعلى ظاهره من أن النهي للبائع أن يبيع على بيع أخيه إذا ركن المشتري إليه، حمله الباجي وعياض.

وقال ابن حبيب: إنما النهي للمشتري دون البائع. وعدم الفسخ لمالك في الواضحة. ابن القاسم: ويستغفر الله ويعرضها على الأول بالثمن، زاد ابن القاسم ويؤدب.

الباجي: ولعله يريد من تكرر ذلك منه، ونقل بعضهم عن مالك: أنه يفسخ ما لم يفت.

وإذا قلنا: يعرضها على الأول، فإن كان الثاني أنفق نفقة [٤٥٨/ أ] زادت بسببها أعطاه النفقة مع الثمن، وإن نقصت فإن شاء أخذ المبيع ولا شيء عليه وإن شاء تركه، قاله مالك.

ابن عبد السلام: والمنصوص في المذهب أن البائع إذا ركن ليهودي فلا يزاد عليه.

ومِنْهُ: بَيْعُ النَّجْشِ، وهُوَ أَنْ يَزِيدَ لِيَغُرَّ

في الصحيح: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا تلقوا الركبان للبيع، ولا يبع بعضكم على بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد، ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر**».

قوله: (**وهُوَ أَنْ يَزِيدَ لِيَغُرَّ**) هو معنى تفسير مالك له في الموطأ. ولا يخلو إما أن يجعل بائعها من يزيد فيها، أو يفعل ذلك أحد من قبل نفسه ليقتدي به ويزيد عليه من يرغب فيها وليس مراده هو الشراء، فهذا إذا وقع وجب به الرد كما سيأتي.

والنجش في اللغة: هو الإثار والتحريك؛ لأنه يثير الصدق ويحركه، والناجش للبيع يثير للفساد.

فَإِنْ وَقَعَ بِدَسِّهِ أَوْ بِعِلْمِهِ، وقِيلَ: أَوْ بِسَبَبِهِ كَابْنِهِ وعَبْدِهِ ونَحْوِهِمَا، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ، وهُوَ الْمَشْهُورُ: لَهُ أَنْ يَرُدَّ، فَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيمَةُ مَا لَمْ تَزِدْ، وقَالَ مَالِكٌ: يُفْسَخُ كَالنِّكَاحِ فِي الْعِدَّةِ ....

ضمير (دسه) وما بعده للبائع؛ يعني: أنه اتفق على وقوع النجش إن دس البائع من زاد في السلعة، أو زاد فيها أحد لا يريد شراءها وعلم البائع ولم ينكر. وقوله: **(وقِيلَ...)** إلى آخره. هو قول ابن حبيب، لكنه لم يسقه على أنه خلاف بل على أنه المذهب. وقد اعترضه بعض من تكلم على هذا الموضع بذلك، ثم ذكر المصنف في الحكم بعد الوقوع قولين؛ **المشهور**: أن البيع لا يفسخ. وكذلك صرح المازري بمشهوريته. والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك بالمبيع على ثمنه في النجش أو يرد هذا في قيام السلعة، وأما في فواتها فعليه القيمة وكأنه أتلفها ما لم تزد على الثمن الذي رضي به البائع وهو ثمن النجش، وينبغي أن يتم هذا القول وما لم تنقص عن الثمن الذي كان قبل النجش، ونسب المصنف هذا القول لابن القاسم، ونسبه غيره لمالك. **والشاذ**: ذكره القزويني عن مالك، ووجهه: القياس على النكاح كما أشار إليه المصنف، وكون الأصلي في النهي أن يدل على فساد المنهي عنه.

خليل: وهذا التعليل الثاني أظهر، وأما القياس فالوصف الجامع غير ظاهر. واختار ابن العربي أن الناجش إذا بَلَّغ السلعة القيمة فهو مأجور، وفيه بعد؛ لأنه إن لم يرد الشراء فهو إتلاف لمال المشتري، وإن كان مع إرادة الشراء فليس بناجش. ونص ابن العربي على منعه من الزيادة على القيمة.

أشهب عن مالك: وإن أراد بيع سلعة وقال: أعطيت بها كذا وهو صادق، فلا بأس به إذا كان أعطي عن سوم، وأما النجش فلا، أو يكون عطاء قديماً فيكتم قِدَمَه والمبتاع يظن أنه حديث.

فرعان:

الأول، لمالك في الموازية: فيمن قال لرجل ما أُعطِيتَ في سلعتك فلك زيادة دينار، فقال: أعطاني فلان مائة فزاده وأخذها، ثم قال فلان: لم أعطه إلا تسعين. قال مالك:

يلزمه البيع ولو شاء لتثبت، إلا أن تكون بينة حضرت عطاء فلان دون ذلك فيرد البيع إن شاء ذلك. مالك في العتبية: ولا يمين عليه.

ابن رشد: وإذا قامت البينة وفاتت السلعة بما يفوت به البيع الفاسد، ففيها القيمة ما لم تزد على ما تبايعا عليه أو تنقص عما شهدت عليه البينة.

الثاني: عكس الزيادة في النجش سؤال المشتري لبعض أهل السوق الكف عن الزيادة ليشتري بدون القيمة، فإن سأل أهل السوق أو الكثير منهم لم يجز، وإن سأل الواحد، ففي الموازية عن مالك: لا بأس أن يقول المشتري لرجل حاضر كف عني ولا تزد علي، فأما الأمر العام فلا، وكره أن يقول: كف عني ولك نصفها ويدخله الدلسة، ولا ينبغي أن تجتمع الباعة فيقولوا: لا تزيدوا على كذا.

ونقل في البيان عن ابن دحون، ووافقه عليه أنه لو قال: كف عني ولك دينار جاز ولزمه اشترى أو لم يشتر. قال: وإنما لم يجز قوله: ولك نصفها في الرواية إذا كان على طريق العطية، فكأنه أعطاه على أن يكف عنه ما لا يملك.

ولمالك في العتبية والواضحة: في عبدين ثلاثة، قال أحدهم لآخر: إذا تقاومناه فلا تزد ليقتدي بك صاحبنا والعبد بيني وبينك، ففعل وثبت ذلك ببينة أو إقرار أن البيع مردود.

قال ابن حبيب: ولم يأخذ به أصبغ ولم يره من النجش وبه أقول؛ لأن صاحبه لم يرد أن يقتدي بزيادته إنما أمسك عن الزيادة رأساً ليرخصه على نفسه وعلى صاحبه فلا بأس بذلك.

ابن عبد السلام: الذي يظهر ببادئ الرأي قول أصبغ، لكن هؤلاء الثلاثة لما جلسوا للمقاواة صاروا كجميع أهل السوق، وقد قدم عدم الجواز في أهل السوق.

ومِنْهُ بَيْعُ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي، وفِي الْمُوَطَّأ: مَحْمَلُهُ عَلَى أَهْلِ الْعَمُودِ لِجَهْلِهِمْ بِالأَسْعَارِ، وقِيلَ: بِعُمُومِهِ؛ لِقَوْلِهِ: ولا يَبِيعُ مَدَنِيٌّ لِمِصْرِيٍّ ولا مِصْرِيٌّ لِمَدَنِيٍّ

قد تقدم النهي، وما نسبه للموطأ تبع فيه ابن شاس، وليس في الموطأ ما ذكراه، ولعلهما اعتمدا في ذلك على ذكره الحديث وسكوته ففهما منه أنه أبقى الحديث على ظاهره، والبادي ظاهر في أهل العمود.

وذكر صاحب البيان في كتاب السلطان، في أهل القرى ثلاثة أقوال:

أحدها: أن النهي إنما يتناول أهل العمود خاصة دون أهل القرى المسكونة التي لا يفارقها أهلها، وهي رواية أبي موسى قرة بن [٤٥٨/ ب] طارق عن مالك.

الثاني: أنه يتناول أهل العمود والقرى دون أهل المدن.

الثالث: أنه يتناول أهل العمود والقرى وأهل المدن.

ابن عبد السلام: وكل من القولين الأخيرين لمالك في العتبية والموازية.

(**وقِيلَ: بِعُمُومِهِ**) أي: بعموم النهي لأهل العمود والقرى، وهذا هو القول الثاني الذي حكاه ابن رشد. وقوله: (**لِقَوْلِهِ**) أي: لقول مالك في الموازية: (**ولا يَبِيعُ مَدَنِيٌّ لِمِصْرِيٍّ ولا مِصْرِيٌّ لِمَدَنِيٍّ**).

فَإِنْ وَقَعَ فَفِي الْفَسْخِ قَوْلانِ، قَالَ مَالِكٌ: لا يُشَارُ عَلَى الْبَادِي ولا يُخَيَّرُ بِالسِّعْرِ

أي: فإن باع حاضر لبادٍ ففي فسخ البيع قولان، والقولان لابن القاسم. والفسخ مروي عن مالك وبه قال أصبغ، وبعدم الفسخ قال ابن وهب وابن عبد الحكم.

وروى عيسى عن ابن القاسم: يفسخ، فإن فات فلا شيء عليه. وروى عنه هو وسحنون أنه يؤدب الحاضر البائع للبادي، زاد عيسى عنه: إذا كان معتاداً. وقال ابن وهب: يزجر ولا يؤدب وإن كان عالماً بمكروهه، ولا يشار عليه؛ أي: باليد ولا بالعين.

فرعان:

الأول: لو وجه البدوي متاعاً مع رسول إلى الحضري ليبيعه، فذكر القزويني عن الأبهري جواز بيعه له، وحكى الباجي عن مالك وابن القاسم فسخ البيع في هذه الصورة، وهو الأظهر. **المازري**: وهو المعروف من المذهب.

الثاني: أجاز مالك في الموازية والعتبية الشراء لهم. وقال ابن حبيب: الشراء كالبيع، وروي أيضاً عن مالك.

ومِنْهُ: الْبَيْعُ بَعْدَ نِدَاءِ الْجُمُعَةِ الْمُوجِبِ لِلسَّعْيِ عَلَى الْمُتَبَايِعَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا، فَإِنْ وَقَعَ فَالْمَشْهُورُ الْفَسْخُ، وثَالِثُهَا فِي حَقِّ مَنِ اعْتَادَ ذَلِكَ

النهي هو ما ورد في القرآن بصيغة الأمر بقوله تعالى: ﴿ وَذَرُوا الْبَيْعَ ﴾[الجمعة:٩]. وقيد النداء بالموجب للسعي احترازاً من النداء الأول، وسواء كان المتبايعان ممن تجب الجمعة عليهما أو على أحدهما. والفسخ مذهب المدونة والمشهور، وعدم الفسخ لمالك في المجموعة، والثالث لعبد الملك.

ورجح الثاني بأن المنع هنا من جهة الزمان وحده والعقدة صحيحة في أركانها وشروطها.

واختلف أيضاً فيمن أخر صلاة حتى لم يبقَ من وقتها الضروري إلا مقدار ما يوقعها فيه فباع في ذلك الوقت، فقال القاضي إسماعيل: يفسخ بيعه، وهو اختيار الشيخ أبي عمران؛ لوجود العلة في صلاة الجمعة هنا.

وقال ابن سحنون: لا يفسخ. **المازري**: ويمكن أن يقال بعدم الفسخ هنا، بخلاف الجمعة فإن الجماعة شرط فيها، فمن المصلحة منع كل ما أدى إلى افتراق جمعهم والإخلال بشرط لا تصح الجمعة إلا به، بخلاف غيرها من الصلوات فإن الجماعة ليست شرطاً فيها.

وألزم القائل بالإبطال أن يبطل بياعات الغاصب؛ لأنها واقعة في زمان كان يجب عليهم فيه التشاغل برد الغصوبات.

وألحق الغرناطي بالبيع يوم الجمعة البيعَ وقت الفتنة، يريد في حق من طلب منه الخروج.

ابن رشد: ويحرم البيع في المكان المغصوب.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيمَةُ، وقِيلَ: الثَّمَنُ

القول بالقيمة لابن القاسم وأشهب، والقول بالثمن للمغيرة، وعلله ابن عبدوس بأن فساده في عقده لا في ثمنه، كالنكاح يفسد من جهة عقده.

ويُقَوَّمُ وَقْتَ الْبَيْعِ بِتَقْدِيرِ الْحِلِّ، وقَالَ أَشْهَبُ: بَعْدَ الصَّلاةِ

هذا فرع على القول بوجوب القيمة، يعني: إذا ألزمناه القيمة، فقال ابن القاسم في الواضحة: تقوم وقت قبضها سائر البياعات الفاسدة، فإنها تقوم مضافة إلى زمان قبضها. وعبارة المصنف عنه بوقت البيع ليست بجيدة؛ لأنها أعم من وقت القبض.

وقال أشهب: الرجوع إلى القيمة إنما هو لتصحيح الفاسد، والفاسد في هذا البيع إنما هو من جهة زمانه، فلو أضفنا إليه القيمة لكان تصحيحاً للفاسد بالفاسد، وفيه نظر؛ لأن هذا إنما هو من باب التقدير، كما تقوم أم الولد وجلد الأضحية والكلب، وإن قلنا أنه لا يجوز بيعهم.

ابن عبد السلام: وحكى بعض المعاصرين عن أصبغ وجوب القيمة يوم التحاكم، ولعله لم يصح عنه فإني لم أقف عليه في شيء من كتب الفقه.

ومِنْهُ تَلَقِّي السِّلَعِ، ورُوِيَ فِي حَدِّهِ ثَلاثَةٌ: الْمِيلُ، والْفَرْسَخَانِ، والْيَوْمَانِ

قد تقدم النهي، واختلف العلماء هل النهي لحق الجالب وهو مذهب الشافعي، أو لحق أهل السوق وهو مذهب مالك. واختار ابن العربي أنه من حقهما. وظاهر المذهب أن

المنع من ذلك على التحريم. وقال ابن الجهم: كان النهي عن التلقي في أول الإسلام؛ لئلا ينفرد المتلقي بالرخص دون أهل السوق، وأما الآن فلا يقدم أحد إلا وهو على بصيرة بسعر ما يقدم به، فينبغي أن يكره ولا يحرم. والأقوال الثلاثة التي حكاها ظاهرة التصور.

وقال الباجي: يمنع التلقي قرب أو بعد، وهو ظاهر الحديث. وأما الغلات التي يَلحق أهلَ الأصولِ ضررٌ بتفريق بيعها كثمار الحوائط التي حول البلد، فاختلف هل يجوز لبعض أهل المدينة أن يخرج ليشتريها ثم يبيع هو لأهل المدينة ؟ فروى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك. وقال في سماع أشهب: هو من التلقي، رواه عن مالك. ولو ورد خبر السلعة فاشتراها شخص على الصفة، فقال مالك: هو من التلقي. وإن كان الأمر بالعكس فوصلت السلعة ولم يصل بائعها فتلقاه رجل فاشتراها منه، فقال [٤٥٩/ أ] الباجي: لم أر فيه نصاً وهو عندي من التلقي.

ومن مرت به سلعة ومنزله بقرب المصر المجلوب إليه على نحو ستة أميال فله أن يشتري ما يحتاج إليه لنفسه لا للتجارة، ولو كانت داره بالبلد نفسها فمرت به السلعة فقولان، ولو لم يكن للسلعة سوق فإذا دخل بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤه، قاله مالك وأصحابه. وإذا بلغت السلعة سوقها ثم انقلب بها، فلا بأس أن يشتريها من مرت به.

فَإِنْ وَقَعَ، فَثَالِثُهَا: يَمْضِي وِلِطَالِبِهَا الاشْتِرَاكُ

أي: فإن وقع شراء التلقي، ففي المسألة ثلاثة أقوال؛ **الأول**: يمضي ولا يفسخ. **المازري**: وهو المشهور، وهو قول مالك وغيره من الأصحاب. **الثاني** لمحمد وابن حبيب: يفسخ. المازري: وعلى عدم فسخه فروى ابن القاسم أنه لا ينتزع من يد المتلقي، وبه قال ابن القاسم. وروى ابن وهب أنها تنزع من يده. انتهى. ورواية ابن وهب هي القول الثالث في كلام المصنف. **ابن القاسم عن مالك**: ويُنْهَى، فإن عاد أُدِّبَ.

وفي الإكمال: المشهور عن مالك وأكثر أصحابه أن تعرض على أهل السوق، فإن لم يكن سوق فأهل المصر يشترك فيها من شاء منهم.

بُيُوعُ الآجَالِ لَقَبٌ لِمَا يُفْسِدُ بَعْضَ صُوَرِهِ مِنْهَا؛ لِتَطَرُّقِ التُّهْمَةِ، فإنهما قَصَدَا إِلَى ظَاهِرٍ جَائِزٍ لِيَتَوَصَّلا بِهِ إِلَى بَاطِلٍ مَمْنُوعٍ حَسْماً لِلذَّرِيعَةِ ....

لما انقضى كلامه على البيوع التي نص الشرع على المنع منها عقبها ببيوع يتوصل بها إلى الممنوع، منعها أهل المذهب وغيرهم وسميت ببيوع الآجال؛ لأنها لا تنفك عن الأجل.

وقوله: (**لَقَبٌ**) أي: علم، ولعله عبر باللقب إشارة إلى الذم؛ لأن قوله: (**لِمَا يُفْسِدُ**) فيه إشارة إلى ذلك. ثم هل كلٌّ من لفظة البيوع والآجال باق على دلالته، أو سلبت دلالة كل واحد وصار المجموع اسماً لما ذكره فيه احتمال، والثاني أظهر.

و(ما) في: (**لِمَا يُفْسِدُ**) يحتمل أن تكون موصولة أو موصوفة، وضمير: (**صُوَرِهِ**) عائد على (ما) لا على اللقب كما قال ابن راشد؛ لأن الفاسد بعض الملقب لا بعض اللقب. وقيل: الاسم للمسمى تكلف ويلزم عليه خلو الموصول من عائد، وضمير: (**مِنْهَا**) عائد على بيوع الآجال. ولا يقال: يلزم الدور لأنه عرف الشيء بنفسه؛ لأن المراد شرح اللفظ لا الحد والرسم. و(**لِتَطَرُّقِ**) متعلق بـ(**يُفْسِدُ**). و(**حَسْماً**) مفعول لأجله عامله محذوف؛ أي: فمنعه الشارع لأجل حسم الذريعة، والذريعة: بالذال المعجمة الوسيلة، وأصله عند العرب لما تألفه الناقة الشاردة من الحيوان لتنضبط به فنقلت إلى البيع الجائز للتحيل به على ما لا يجوز فهو من مجاز المشابهة.

وأورد ابن عبد السلام دخول ما ليس من بيوع الآجال، كبيع فضة رديئة من شخص يذهب ثم يشتري به منه فضة طيبة دون الأولى وزناً في مجلس أو مجلسين متقاربين،

وكاقتضاء طعام من ثمن طعام مخالف له وغير ذلك. وعلى ما تقدم من أن المراد: شرح اللفظ لا يرد هذا، ولو سلم أن المراد: الرسم، ففي صدر كلامه ما يخرجها؛ لأنه قال: لقب لما يفسد، أي: لقب لصور مخصوصة من البيوع الأجلية يفسد بعضها للتهمة. وتلك الصور المخصوصة مذكورة في الباب، وليست الصورتان وشبههما منها.

وَأَجْمَعَتِ الأُمَّةُ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ بَيْعٍ وسَلَفٍ ولا مَعْنَى سِوَاهُ

أتى بهذا حجة لسد الذرائع؛ يعني: أن كل واحد من البيع والسلف على انفراده جائز بإجماع الأمة، وأجمعت على المنع من اجتماعهما للذريعة، ولا سبب إلا التهمة على الزيادة في السلف. والأصل: عدم غيره، ولا سيما وقد بحث على غير ذلك فلم يوجد، ولا يقال: لم لا يجوز أن يكون تعبداً لأنه خلاف الأصل، ولأن المتعقل أقرب إلى الانقياد فوجب الحمل عليه. وإذا ثبت هذا فتمنع كل صورة فيها تهمة للإجماع على المنع لأجلها.

وقد يعترض هذا الدليل بأن حكاية الإجماع ليست بجيدة؛ لأنه إما أن يكون ذلك إذا لم يكن السلف بشرط، أو إذا كان فالأول لا يصح؛ لأن الشافعي يجيزه، والثاني المنع فيه عند الشافعي إنما هو لأجل الشرط لا للتهمة، لكن الظاهر منع هذه البياعات؛ لأن إجازتها تستدعي الوقوع في المحرم البين كما هو مشاهد بالديار المصرية.

فَإِنْ كَانَ مِمَّا يَكْثُرُ الْقَصْدُ إِلَيْهِ كَبَيْعٍ وسَلَفٍ، أَوْ سَلَفٍ جَرَّ مَنْفَعَةً مُنِعَ وِفَاقاً

لما قرر المنع وكانت أسبابه مختلفة بالقوة والضعف أخذ يبين ذلك، والقوي: ما يكثر القصد إليه. وقوله: (**فَإِنْ كَانَ**) أي: الباطل الممنوع، ومثل ما يكثر القصد إليه ببيع وسلف، وسلف جر نفعاً. وإنما كان مما يكثر القصد إليه لما فيه من الزيادة، والنفوس مجبولة على حبها فلذلك يتحيل عليها.

مثال البيع والسلف: أن يبيع سلعتين بدينار إلى شهر ثم يشتري واحدة منهما بدينار نقدا، وقاعدة مالك -رحمه الله- وأصحابه: عدُّ ما خرج من اليد وعاد إليها لغوا، وكأن البائع خرج من يده سلعة ودينار نقداً يأخذ عنهما عند الأجل دينارين؛ أحدهما عوضٌ عن السلعة وهو بيع، والثاني [٤٥٩/ ب] عوضٌ عن الدينار المنقود وهو سلف جر منفعة.

ومثال سلف جر منفعة -المسألة التي هي أصل هذا الباب-: أن يبيع ثوباً بعشرة إلى شهر، ثم يشتريه بثمانية نقدا، فقد رجع إليه ثوبه وخرج من يده ثمانية يأخذ عنها عشرة.

وقوله: (**مُنِعَ**) أي: البيع الموصل إلى هذا الممنوع. وأشار **ابن راشد** إلى أنه كان ينبغي أن يكتفي ببيع وسلف؛ لأن ذكر سلف جر منفعة يغني عنه، لأن البيع والسلف إنما منع لأدائه إلى سلف جر منفعة. وأجيب: بأنه وإن كان مؤدياً إليه إلا أنه تعليل بالمظنة فهو أضبط.

وإِنْ كَانَ مِمَّا يَقِلُّ، كَدَفْعِ الأَكْثَرِ مِمَّا فِيهِ الضَّمَانُ وأَخْذِ أَقَلَّ مِنْهُ إِلَى أَجَلٍ، فَقَوْلانِ ....

(**إِلَى أَجَلٍ**) متعلق بـ(**دَفْعِ**) أي: وإن كان الباطن الممنوع قليل الوقوع لقلة من يقصد إليه؛ لأن الغالب دفع الأقل لتحصيل الأكثر لا العكس، كما لو باع ثوبين بعشرة دراهم إلى شهر، ثم اشترى منه عند الأجل أو قبله ثوباً منهما بالعشرة فآل أمره إلى أنه دفع له ثوبين ليضمن له أحدهما بثوب إلى أجل. وظاهر المذهب من القولين الجواز لبعده.

ابن بشير، وابن شاس: والقولان مشهوران، ولا خلاف أن صريح ضمان بجعل ممنوع؛ لأن الشرع جعل الضمان والجاه والقرض لا يفعل إلا لله بغير عوض، فأخذ العوض عليه سحت.

وإِنْ كَانَ بَعِيداً جِدّاً، كَأَسْلِفْنِي وأُسْلِفُكَ، فَالْمَشْهُورُ: جَوَازُهُ

(**وأُسْلِفُكَ**) منصوب بعد الواو على معنى الجمع؛ أي: ليجتمع سلف منك وسلف مني. والشاذ لابن الماجشون، ومثاله: لو باعه ثوباً بدينار إلى شهر ثم اشتراه بدينار نقداً

وبدينار إلى شهرين، والسلعة قد رجعت إلى صاحبها ودفع الآن ديناراً يأخذ بعد شهر دينارين إلى شهرين أحدهما عوض عما كان أعطاه، والثاني كأنه أسلفه على أن يعطي عند مضي شهر آخر، واستبعد **ابن عبد السلام** أن يكون هذا أضعف مما قبله؛ لأن العادة طلب المكافأة على السلف بالسلف.

وأجيب: بأن المستبعد الدخول على أن يسلفه الآن ليسلفه بعد ذلك بشهر، إذ الناس يقصدون السلف عند الاضطرار.

ولَوِ اعْتُبِرَ الْبَعِيدُ لَمُنِعَ بِالْمِثْلِ وبِأَكْثَرَ نَقْداً، وبِأَقَلَّ إِلَى أَبْعَدَ إِذَا كانَتِ السِّلْعَةُ بِيَدِهِ مُتَمَكِّنًا مِنَ الانْتِفَاعِ، وقَدِ الْتَزَمَهُ بَعْضُهُمْ ....

يعني: أنه لا ينبغي أن يعتبر الباطن إذا كان بعيداً إذ لو اعتبر للزم المنع في ثلاث صور، وهي جائزة اتفاقا؛ **أولها**: أن يبيعه سلعة بثمن إلى أجل فتقيم عند المشتري مدة يمكنه الانتفاع بها، ثم يشتريها بمثل ذلك الثمن نقداً. **ثانيها**: كذلك ويشتريها بأكثر نقداً. **ثالثها**: كذلك ويشتريها بأقل إلى أبعد، كما لو باعها أولاً بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بعد خمسة عشر يوماً بخمسة إلى شهرين.

ابن عبد السلام: وتبع المصنف في هذا ابن بشير. وكلامه في هذا الفصل مختل، وإنما يصح المعنى الذي قصدوه في الصورة الثالثة؛ لأن البائع دفع عشرة يأخذ عنها خمسة بعد ذلك والانتفاع الذي حصل من السلعة، فيكون بيعاً وسلفاً، وإنما يجوز إذا رجع إليه المثل أو الأقل، فإن رجع إليه الأكثر فلا يجوز.

وأما الصورتان الأولتان، فابن القاسم وغيره يجيزهما ولا مانع فيهما محقق ولا متوهم. وقال شيخنا: بل المعنى كما قال المصنف، وهو أن المنع يترتب على كل ما لو نطقا به ابتداء لمنع، والمنع فيهما لأجل الضمان بجعل؛ لأنه إذا اشتراها بالمثل نقداً فقد جعل

ذلك الانتفاع جعلاً على ضمانها في مدة الانتفاع والزيادة. وإذا تبين لك ذلك في المثل كان بيانه مع الزيادة أحرى؛ لكون الجعل حينئذ الانتفاع والزيادة.

فقول **ابن عبد السلام**: وكلام ابن بشير مختل ليس بظاهر، وقول المصنف: إذا قامت السلعة بيده، تنبيه على المعنى الموجب للتهمة.

وقوله: (**الْتَزَمَهُ بَعْضُهُمْ**) عبر بالالتزام، وعبر ابن بشير بالإلزام، فقال: وألزم بعضهم على مراعاة التهم البعيدة أن يمنع، وذكر الثلاث صور كما ذكرها المصنف. ولم يعلل ابن بشير المنع في الثلاث بما علله به شيخنا، بل علل بالبيع والسلف، ويكون الثمن سلفاً والمنفعة مبيعة بالسلعة.

وبقي هنا شيء وهو: إن كان المراد ببعضهم غير ابن محرز فحسن، لكن لم أقف عليه، وإن كان هو المراد كما قيل ففيه نظر؛ لأن ابن محرز إنما تكلم على الصورة الثالثة، ويتبين لك ذلك بالوقوف على كلامه، فقال: إذا باع سلعة بمائة إلى شهر، ثم اشتراها بمائة نقداً أو إلى الأجل، أو أبعد منه فذلك جائز؛ لأنه لا تهمة في ذلك من وجه، إلا أنه إذا اشتراها بمثل الثمن أو أقل منه إلى أبعد من الأجل فقد قامت عند مشتريها ينتفع بها، فكان القياس ألا يجوز ذلك؛ لأنه إن اشتراها بمثل الثمن إلى أبعد من الأجل كان بيعاً وسلفاً، فإن قدر ما يرجع إلى المشتري سلفاً وما زاد على ذلك ثمناً للإجارة فيما انتفع بالسلعة فصار بيعاً وسلفاً.

وكذلك إن اشتراها بأقل من الثمن إلى أبعد من الأجل؛ لأنه يكون إجارة وسلفاً، ولم أر أحداً يذهب إلى هذا، وإنما يعتبرون بصورة الحال عند العقد الثاني، فإذا لم تكن فيه تهمة أجازوه. فعلى هذه الطريقة [٤٦٠/أ] لا يعتبرون ما تقدم من انتفاعه بالسلعة قبل العقدة الثانية، إلا أن أبا الفرج ذكر في كتابه عن ابن الماجشون أنه قال: لا يجوز أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بذلك الثمن إلى أبعد من الأجل.

ابن محرز: ولا أعلم له وجهاً إلا ما ذكرته من الانتفاع بالسلعة.

المازري: ولم أقف على ما نقله ابن محرز في الحاوي. قال: وإنما حكى أبو الفرج عن عبد الملك أنه يمتنع أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل، ثم يشتريها وسلعة أخرى بذلك الثمن أو بأكثر منه إلى أبعد من ذلك الأجل.

خليل: وستأتي هذه المسألة في كلام المصنف في آخر الباب.

فَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ اشْتَرَاهَا، فَاعْتَبِرْ مَا خَرَجَ ومَا رَجَعَ وأَلْغِ الْوَسَطَ، فَإِنْ جَازَ وإِلا بَطَلَ ....

هذا هو القانون لهذا الباب، واحترز بقوله: (**تُعْرَفُ بِعَيْنِهَا**) من المكيل والموزون، فإن له حكماً يخصه سيأتي. وقوله: (**إِلَى أَجَلٍ**) أي: بثمن إلى أجل، فاعتبر ما خرج من اليد؛ أي: السابقة بالعطاء، سواء كانت يد البائع أو المشتري، وما عاد إليها ثانياً. (**وأَلْغِ الْوَسَطَ**) وهي السلعة المبيعة. فإن جاز بأن كان الراجع مثل ما خرج منها أو أقل، وحذف جواب الشرط؛ أي: جاز البيع -وسيظهر لك ذلك- وإلا بطل؛ أي: وإن لم يكن ما رجع مثل الخارج أو أقل بطل، وقد تقدم.

فَإِنْ كَانَتِ الأُولَى نَقْداً لَمْ يُتَّهَمْ عَلَى الْمَشْهُورِ إِلا أَهْلُ الْعِينَةِ فِيهِمَا، وقِيلَ: أَوْ فِي أَحَدِهِمَا ....

أي: فإن كانت البيعة الأولى نقداً. ومفهوم كلامه: أن الثانية إلى أجل، فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم وأشهب: أنه لا يتهم في ذلك إلا أهل العينة. والشاذ: أنه يتهم في ذلك كل واحد، وهو لمالك في الموازية.

ابن عبد السلام: وأما إذا كانتا معاً نقداً فلا يتهم إلا أهل العينة باتفاق.

وقوله: (**فِيهِمَا، وقِيلَ: أَوْ فِي أَحَدِهِمَا**) أي: في المتبايعين؛ يعني: إذا لم يتهم إلا أهل العينة فلابد أن يكون المتبايعان من أهلها.

وقيل: يكتفى بأحدهما وهو لمحمد. ووجهه: أنه قد يحمل صاحبه عليها.

اللخمي: يريد إلا أن يكون الآخر من أهل الدين والفضل، فلا يحمل على أنه عامله عليها.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنَانِ عَيْناً عَلَى صِفَةٍ واحِدَةٍ فَقَدْ يَكُونُ الثَّانِي نَقْداً مُسَاوِياً، وأَقَلَّ، وأَكْثَرَ فَهَذِهِ ثَلاثٌ، وقَدْ يَكُونُ إِلَى أَجَلٍ فِي الثَّلاثِ، ثُمَّ الأَجَلُ مُسَاوٍ، وأَقَلُّ، وأَكْثَرُ صَارَتِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ صُورَةً، فَإِنْ تَعَجَّلَ مِنْهَا الأَقَلُّ امْتَنَعَ، وهِيَ ثَلاثٌ

قوله: (**عَلَى صِفَةٍ واحِدَةٍ**) أي: سكة واحدة ونوع واحد. وقوله: (**فَقَدْ يَكُونُ الثَّانِي نَقْداً**) أي: مع أن البيعة الأولى إلى أجل. وحاصله: أن للشراء أربعة أحوال؛ إما نقداً، أو إلى أجل دون الأجل، أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أبعد منه.

ثم كل من هذه الأربعة: إما بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر. صارت اثنتي عشرة صورة يمنع منها ثلاث، أشار إليها بقوله: يمتنع منها ما تعجل فيه الأقل. وهي: بأقل منه نقداً، وبأقل إلى دون الأجل، وبأكثر إلى أبعد من الأجل.

وتجوز التسع البواقي، وضابطها أن تقول: إن تساوى الأجلان فاحكم بالجواز ولا تبالي باختلاف الثمنين. وإن تساوى الثمنان فاحكم بالجواز ولا تبالي باختلاف الأجلين. وإن اختلفا فانظر لليد السابقة بالعطاء، فإن رجع إليها مثل ما خرج منها أو أقل جاز، وإن رجع إليها أكثر امتنع.

بيانه: أنه باعه بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بثمانية نقداً أو إلى أجل نصف شهر، فقد رجعت إليه سلعته وخرج منها ثمانية يأخذ عنها بعد ذلك عشرة. وكذلك إذا اشتريت باثني عشر إلى شهرين يعطي المشتري بعد شهر عشرة يأخذ بعد ذلك اثني عشر، وعاد المشتري في هذه الثالثة مسلفاً.

وَيُشْكِلُ مِنْهَا بِأَكْثَرَ إِلَى أَبْعَدَ

أي: يشكل من الثلاث الممنوعة الصورة الأخيرة، وهي: (**بِأَكْثَرَ إِلَى أَبْعَدَ**).

ابن عبد السلام: ولا إشكال فيها، لا باعتبار نقلها فإنها منقولة في المدونة وغيرها، ولا باعتبار وجهها، ووجهها بما تقدم. وأجاب شيخنا -رحمه الله- بأن قال: بل وجه المنع فيها ضعيف؛ لأنه تقدم أن ظاهر المذهب الجواز فيما يبعد القصد إليه، وهذه أيضا كذلك يبعد أن يدخل البائع مع المشتري على أن يسلفه المشتري عشرة بعد شهر ليأخذ عنها اثنى عشر مثلاً، لأن الغالب في أحوال الناس احتياجهم إلى السلف ناجزاً، والتحيل إنما يكون على ما يحتاج إليه غالباً لا نادراً.

وَلَوِ اشْتَرَى بِأَقَلَّ إِلَى أَجَلِهِ، أَوْ أَبْعَدَ ثُمَّ رَضِيَ بِالتَّعْجِيلِ، فَقَوْلانِ لِلْمُتَأَخِّرِينَ

يعني: لو وقع البيع على وجه جائز، كما لو باعه سلعة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بثمانية إلى شهر أو إلى أبعد منه، ثم رضي البائع والمشتري بتعجيل الثمانية، فهل يجوز ذلك لأن البيع قد انعقد أولاً جائزا، ولا سيما حيث يكون الثمن عيناً، فإن الأجل من حق من عليه الدين فلا تهمة أو يمتنع ذلك لاتهامهما، والقولان للمتأخرين. وكذلك الخلاف إذا اشترى بأكثر إلى أجله ثم تراضيا بالتأخير. انتهى. وينبغي أن ينظر هنا إلى قرب الزمان فتقوى التهمة، وإن طال طولاً يخرجان به عن التهمة فيجوز، وهكذا قال: ينبغي في العكس إذا اشتراها بأكثر فلا يقبض إلا بعد الأجل.

فَلَوْ أَفَاتَ الْبَائِعُ السِّلْعَةَ بِمَا يُوجِبُ الْقِيمَةَ فَكَانَتْ أَقَلَّ، فَقَوْلانِ

[٤٦٠/ ب] مثاله: لو باعه شاة بعشرة إلى شهر، ثم تعدى عليها فذبحها مثلاً فكانت القيمة ثمانية، فلا خلاف في تمكين المشتري من القيمة لينتفع بها. ثم هل يدفع للبائع عند

الأجل العشرة لبعد التهمة، وهو قوله في المجموعة، أو إنما يدفع مثل ما أخذ منه فقط وهي ثمانية، إذ يتهمان على السلف بزيادة، وهو قول ابن القاسم في العتبية.

وظاهر كلامه: أن القولين في تمكين المشتري من قبض تلك القيمة وليس كذلك، بل لا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف كما ذكرنا.

فَإِنَّ التُّهْمَةَ فِيها أَبْعَدُ لَوْ كَانَتِ الأُولَى نَقْداً، وفُرِّقَ بِقُوَّةِ تُهْمَةِ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ

اختلف في تأويل هذا المحل، فقيل: هو إشارة منه إلى توجيه الشاذ الذي يتهم فيه أهل العينة وغيرهم فيما إذا كانت البيعة الأولى نقداً، وكأنه يقول: التهمة على التحيل بإفاتة السلعة لتجب القيمة أبعد مما إذا كانت الأولى نقداً والثانية إلى أجل؛ لأنهما وإن اشتركا في سلف بزيادة، إلا أن صورة الإتلاف يبعد القصد إليها؛ لأنه قد لا يحصل الغرض باختلاف الأسواق.

ثم أجاب: بأن المنع قوي في مسألة الفوات بأنه دين بدين؛ لأن البائع لما أفات السلعة وجبت عليه القيمة للمشتري وله في ذمة المشتري دين. وقيل: إن ضمير (**فِيها**) عائد على الصورة التي استشكلها في قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد) وأن هذا توجيه لذلك الإشكال؛ أي: أن التهمة فيما يباع بعشرة إلى شهر ثم يشتريه بعشرين إلى شهرين أبعد مما لو كانت البيعة الأولى نقداً، كما لو باع بخمسة نقداً ثم يشتريه بعشرة إلى شهر، فإن المشتري مسلف في الصورتين؛ لأن السلف في هذه حاصل ناجز، أو هو مقصود غالباً، بخلاف الأولى فإن السلف فيها إنما يحصل بعد شهر، وهو مما يبعد القصد إليه.

وإذا جاز في صورة النقد على المشهور مع قرب التهمة كان المنع المتفق عليه في صورة التأجيل مشكلاً لأنها أبعد، ثم فرق بأن صورة التأجيل في البيعتين ينضم فيها إلى السلف بالزيادة مانع آخر وهو تهمة دين بدين، وليس هو موجوداً إذا كانت الأولى نقداً. ويؤيد

هذا الوجه وقوع هذا الكلام، أي: (**فَإِنَّ التُّهْمَةَ...**) إلخ. في بعض النسخ بعد قوله: (ويشكل منها بأكثر إلى أبعد). وقال **ابن راشد** وغيره غير هذين الوجهين. ولم أر من ذكر ذلك، والثاني أقرب، والأول هو الذي يؤخذ من كلام **ابن عبد السلام**. لكن على كلامه اعتراض؛ لأنه قال بعد أن قال: هذا توجيه منه للقول الشاذ في مسألة النقد كما تقدم، وكأن المصنف يقول: التهمة في مسألة الإفاتة أقوى منها في مسألة النقد، هكذا رأيته في نسخ وبعضها صحيح. وصوابه أن يقول عوض أقوى، أضعف. والله أعلم.

وَلِذَلِكَ فَسَدَ فِي تَسَاوِي الأَجَلَيْنِ إِذَا اشْتَرَطَا عَدَمَ الْمُقَاصَّةِ، وَصَحَّ فِي أَكْثَرَ إِلَى أَبْعَدَ إِذَا اشْتَرَطَا الْمُقَاصَّةَ ....

أي: ولأجل أن التهمة دائرة مع الدين بالدين منع ما أصله الجواز، وهو ما إذا تساوى الأجلان وشرطا عدم المقاصة لما فيه من عمارة الذمتين، وأجيز لذلك ما أصله المنع، وهو ما إذا اشتريت بأكثر إلى أبعد وشرطا المقاصة للسلامة من دفع قليل في كثير. لا يقال المنع في الأولى إنما نشأ من الشرط، بخلاف ما تقدم فإنما فيه التهمة فقط، لأنا نقول: المتهم عليه في هذا الباب كالمدخول عليه.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ وَالرَّدَاءَةِ أَوْ فِي ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ امْتَنَعَ؛ لأَنَّهُ صَرْفٌ مُسْتَأْخَرٌ

هذا قسيم قوله: (على صفة واحدة) ونوعه إلى قسمين؛ **أحدهما**: الاختلاف في الجودة والرداءة مع اتحاد النوع، كمحمدية ويزيدية. **والثاني**: الاختلاف بالنوع، كذهب وفضة. لما يؤدي إليه في الأول إن سلما من دفع قليل في كثير من ربا النساء وربا الفضل، والنساء إن لم يسلما، ولما يؤدي إليه في الثاني من صرف مستأخر.

واكتفى بذكر علة الثاني لوجهين؛ **أحدهما**: لأنه تفهم منه علة الأول، ولأن ما ذكره من التفريع إنما هو في الصرف. ووجد في بعض النسخ: لأنه صرف أو بدل مستأخر، فذكر العلتين.

وفي بعض النسخ مانصه: فإن اختلفا في الجودة والرداءة فأربع وعشرون صورة. فالجودة والرداءة كالقلة والكثرة، فإن عجل منها الأقل والأدنى امتنع، إلا أن المشهور المنع إن تساويا قدراً وأجلاً وهو مشكل، أو في ذهب وفضة امتنع؛ لأنه صرف مستأخر. انتهى نص هذه النسخة. أي: لأنه قد يكون الجيد من عند البائع والرديء من عند المشتري وعكسه، وفي كل اثنتي عشرة صورة وجه الإشكال الذي ذكره: أن الغالب في التحيل إنما هو حينما تحصل المنفعة ولا منفعة مع التساوي.

خليل: وهذه النسخة أولى لاقتضاء الأولى المنع فيما إذا باعه عشرة يزيدية إلى شهر ثم اشتراه بعشرة محمدية نقداً. والنسخة الأولى هي التي وقعت في كلام **ابن عبد السلام** وقررها على ظاهرها من المنع في المثال المفروض وليس بظاهر؛ لأن في الجواهر مقتضى المعروف من المذهب الجواز في المثال المذكور بخلاف عكسه، وهو الذي ذكره ابن يونس وعزاه لبعض الأصحاب، وقال: إنه بين، وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك [٤٦١/أ] في المجموعة، قالا: وإن باعها بعشرة هاشمية إلى شهر ثم اشتراها بعشرة عتق نقداً أو إلى أجل فجائز، ولا يجوز إلى أبعد من الأجل؛ لأن الهاشمية أدنى من العتق.

ابن القاسم: وإن كانت الهاشمية أكثر عدداً، فإن كانت بزيادتها مثل العتق المؤخرة أو أكثر فلا بأس به، وإن لم تكن مثلها فلا خير فيه. قالا: وإن باعها بمائة عتق تنقص خروبة إلى شهر، ثم اشتراها بمائة هاشمية وازنة. ابن يونس: يريد نقداً، فإن كان في زيادة وزنها ما يحمل جودة العتق فأكثر جاز، وإلا لم يجز.

إِلا أَنْ يَكُونَ الْمُعَجَّل أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ الْمُتَأَخِّرِ جِداً، وقِيلَ: ومِثْلُهُ

هذا استثناء من المنع؛ أي: أنه إذا كان الثمن الثاني أكثر جداً مما باع به أولا جاز لخروج ذلك عن المعهود من أحوال المتهمين. وما صدر به المصنف هو مذهب المدونة،

قال فيها: وإن بعته بثلاثين درهماً إلى شهر -يعني: الثوب- فلا تبتعه بدينار نقداً فيصير صرفاً مؤخراً، ولو ابتعته بعشرين ديناراً جاز لبعدهما من التهمة. قال: وإن بعته بأربعين درهماً إلى شهر جاز أن تبتاعه بثلاثة دنانير نقداً لبيان فضلها، ولا يعجبني بدينارين وإن ساوياها في الصرف.

ومنع أشهب مطلقاً مبالغة في الاحتياط للصرف، ولأنه قد يكون لدافع الدنانير في الدراهم أو العكس غرض.

اللخمي: وتجوز بالمساوي على قول ابن القاسم وعبد الملك في المجموعة، وكذلك قال في الجواهر، واستقرأ اللخمي قولا ثالثا أنه يجوز بالمساوي، وهو أحسن.

ومراده: التساوي في القيمة؛ لأنه يخسر الصبر ولا يعود إلى يده أكثر مما خرج منها، وإلى هذا أشار بقوله: **(وقِيلَ: ومِثْلُهُ)** ففيه مسامحة.

خليل: والظاهر أن الاستثناء عائد على مختلف النوع فقط، كما ذكرنا لقوله: **(من قيمة المتأخر)** إذ لا يقال ذلك في متفق النوع، لكن يبقى فيه نظر، وهو أنه يبقى مختلف الصفة باق على إطلاق المنع، فلا يجوز إن كان المعجل أكثر من قدر المتأخر وليس كذلك، بل يجوز ذلك ويجوز إذا كان قدره وكان المتأخر أردأ، كما نص عليه ابن القاسم في الهاشمية والعتق، كما تقدم.

والْمَشْهُورُ: الْمَنْعُ إِذَا تَسَاوَيَا قَدْراً وأَجَلاً؛ لأَنَّهُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ

ابن عبد السلام: يعني كما لو باعه ثوباً بعشرين درهماً إلى شهر ثم اشتراه بدينار إلى ذلك الشهر، قال المصنف: لأنه دين بدين، ولا شك أن ذلك مقتض للمنع. وأكثر ما يعللون به هنا الصرف المؤخر؛ لأنه أضيق. ثم قال: واستعمل المصنف في هذا الموضع التساوي في القدر في مختلفي الجنس، ومراده: التساوي في القيمة؛ لأن أحد الثمنين ذهب والآخر فضة.

وحمله **ابن راشد** وغيره على ما إذا اتفق النوع واختلفت الصفة كمحمدية ويزيدية، وهو ظاهر قوله: (**تَسَاوَيَا قَدْراً وَأَجَلاً**) وذكر أن المشهور المنع لأنه مذهب المدونة. قال فيها: وإن بعت ثوباً بمائة درهم محمدية إلى شهر فلا تبتعه بمائة يزيدية إلى ذلك الشهر لرجوع ثوبك إليك، وكأنك بعت يزيدية بمحمدية إلى أجل.

ابن يونس وغيره: ولا فرق بين أن تتقدم اليزيدية أو المحمدية؛ لأنه بيع يزيدية بمحمدية، أو محمدية بيزيدية إلى أجل، ونقله ابن محرز عن أكثر مذاكريه. ونقل عن بعضهم: إن كانت البيعة الأولى باليزيدية والثانية بالمحمدية ما لم يكن في ذلك تهمة جاز. ابن محرز: وهو مذهب ابن القاسم وعبد الملك؛ لأنهما قالا: لو كان الثمن الأول هاشمية ثم اشتراها بمائة عتق إلى الأجل أو أقرب منه كان جائزاً.

ولابن القاسم في المجموعة: إذا باع بمائة قائمة إلى شهر ثم ابتاع بمائة مجموعة نقداً لم يجز، وأما إلى الأجل أو أبعد فجائز لنفي التهمة، وهو الشاذ الذي حكاه المصنف.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنَانِ طَعَاماً نَوْعاً وَاحِداً عَلَى صِفَةٍ واحدةٍ فَاثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً كَالْعَيْنِ، إلا أَنَّهُ اخْتُلِفَ إِذَا تَعَجَّلَ مِنْهَا الأَكْثَرَ، بِنَاءً عَلَى قُرْبِ ضَمَانٍ بِجُعْلٍ أَوْ بُعْدِهُ ....

لا إشكال في تصور الاثنتى عشرة صورة كالعين، إلا أنه اختلف هنا في صورتين هما جائزتان في العين اتفاقاً؛ إذا استردها بأكثر مقداراً نقداً، أو بأقل منه إلى أبعد من الأجل. وسببهما كما قال المصنف: هل الضمان بجعل يقصد غالباً أم لا ؟ واعترضه بعض من تكلم على هذا الموضع بأنه قدم أن الضمان بجعل بعيد لأنه مما يقل القصد إليه على القولين، فكيف بجعله هنا قريباً.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ والرَّدَاءَةِ أَوْ كَانَا نَوْعَيْنِ فَكَمَا تَقَدَّمَ

الجودة والرداءة كالسمراء والمحمولة، والنوع كالقمح والفول، فكما تقدم؛ أي: في العين.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنَانِ عَرْضاً نَوْعاً وَاحِداً فَكَالطَّعَامِ

إنما شبهها بالطعام لا بالعين لمشاركة العرض للطعام في الصورتين المختلف فيهما، لدخول الضمان بجعل فيهما ولا ضمان في العين على ما علم في غير هذا الموضع.

فَإِنْ كَانَا نَوْعَيْنِ جَازَتِ الصُّوَرُ كُلُّهَا، إِذْ لا رِبَا فِي الْعُرُوضِ

كما إذا باع شاة بثوب إلى أجل ثم اشتراها بفرس أو غيره مما هو مخالف للثوب. ومراده بالصور كلها: صور النقد الثلاثة. وأما صور [٤٦١/ ب] الأجل التسع فممنوعة لأنه دين بدين.

وكان المصنف أطلق في قوله: (**لا رِبَا فِي الْعُرُوضِ**) ومراده: نفي ربا التفاضل لوضوحه، إذ لا يخفى على من له أدنى مشاركة أن ربا النساء يدخل في العروض، وهكذا كان شيخنا رحمه الله يقول.

فَإِنْ كَانَتِ السِّلْعَةُ طَعَاماً أَوْ مِمَّا يُكَالُ أو يُوزَنُ لا مِثْلُهَا صِفَةً ومِقْدَاراً كَعَيْنِهَا

يعني: فإن باع طعاماً أو غيره مما لا يعرف بعينه بثمن إلى أجل ثم اشترى مثل ذلك المبيع في صفته ومقداره، فإن ذلك المثل يكون كما لو اشترى منه عين مبيعة نسيئة، فيمتنع هنا ما امتنع فيها؛ لأن ما لا يعرف بعينه يقوم المثل فيه مقام مثله في أكثر المسائل.

ويُمْتَنَعُ بِأَقَلَّ إِلَى الأَجَلِ

كما إذا باع إردبا بدينارين إلى شهر ثم اشترى مثله بدينار إلى ذلك الشهر.

وأطلق في المنع، وهو مقيد بغيبة المشتري عليها؛ لأنهم يعدون الغيبة عليها سلفاً، فكأن البائع أسلف المشتري إردبا على أن يعطيه ديناراً بعد شهر ويقاصه بدينار عند الأجل فآل إلى سلف جر منفعة.

وهذه المسألة مخصصة لعموم التشبيه في قوله: فمثلها صفة ومقداراً كعينها؛ لأن ما يعرف بعينه تنتفي فيه علة المنع، وهي السلف بزيادة، لا يقال: إذا غاب على ما يعرف بعينه فقد انتفع به، والسلف لا يتعين فيه رد المثل، بل يجوز فيه رد العين والمثل فلم لا تعدوه سلفاً، لأنا نقول: لما رجعت العين فكأنهما اشترطا ذلك فخرجا عن حقيقة السلف، وفيه نظر.

فإن قيل: يفهم من قوله: **(ويُمْتَنَعُ بِأَقَلَّ إِلَى الأَجَلِ)** أنه يجوز بأقل إلى أبعد من الأجل، والمنقول فيها المنع. ذكره صاحب المقدمات وعلله بسلف بزيادة.

فالجواب: لا يفهم ذلك منه، بل يفهم منه المنع مع التأمل للمساواة في العلة، وهي السلف بزيادة. وعلى هذا فالممتنع من الاثنتي عشرة مما لا يعرف بعينه خمس: فثلاث لقوله أولاً: فمثلها صفة ومقداراً كعينها. ورابعة لقوله: ويمتنع بأقل إلى الأجل. وخامسة: وهي بأقل إلى أبعد لمساواتها لهذه، ويمتنع على قول ابن الماجشون. سادسة: وهي بمثل الثمن إلى أبعد، بناءً على اعتبار أسلفني وأسلفك.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْمِقْدَارِ وَكَانَ الرَّاجِعُ أَقَلَّ، فَكَسِلْعَتَيْنِ ثُمَّ اشْتُرِيَتْ إِحْدَاهُمَا

وإن اختلفا؛ أي: المبيعان مما لا يعرف بعينه في المقدار فاسترد أقل، فكسلعتين بعتهما ثم اشتريت إحداهما. والتشبيه يعم التصور والحكم.

فأما التصور: فمتوجه من حيث الجملة، فلا خفاء في تصور الاثنتي عشرة صورة، ومن حيث التفصيل تتضاعف صور المشبه، وهو ما لا يعرف بعينه باعتبار الغيبة وعدمها، فيتصور اثنتا عشرة صورة مع الغيبة واثنتا عشرة مع عدمها دون المشبه به، إذ لم يفرقوا فيما يعرف بعينه بيّن الغيبة وعدمها، فليس فيه إلا اثنتا عشرة. وأما التشبيه في الحكم: فيصح مع عدم الغيبة؛ لتساويهما في الممتنع والجائز.

فالممتنع خمس وهي: أن يشتري الأقل بالأقل من الثمن نقداً. أو إلى أجل دون الأجل. أو يشتريه إلى أبعد بمثل الثمن. أو أقل. أو أكثر.

والجائز: ما بقي. ولا يصح مع الغيبة لزيادة الصور الممتنعة، فتزيد مع الخمس صورة أخرى وهي: أن يشتريه بأقل من الثمن إلى مثل الأجل، مثل: أن يبيع إردبين بعشرة إلى شهر ثم يشتريه إردبا بالخمسة إلى الأجل، فقد أسلف البائع إردباً رجع إليه وخرج من يده إردب وله خمسة يقاص المشتري بها عند الأجل، ويخرج من يد المشتري خمسة مقابلة الإردب، وهي جائزة مع عدم الغيبة.

واختلف في سابعة، وهي: أن يبتاع منه بمثل الثمن أقل من الطعام مقاصة، فإن قول مالك اختلف فيها واضطرب فيها أيضاً المتأخرون، فقد تبين أن تشبيه المصنف لا يصح على إطلاقه.

ويقع في بعض النسخ عقب قوله: (**فِي الْمِقْدَارِ**) ما نصه: (فاجعل الزيادة والنقص في المردود مثلهما في الثمن، ولكن على العكس) أي: اجعل الثمنين هنا متساويين لا يتغيران، والتغيير في المثمونين والأجل أيضاً كما كانت السلعة في الصورة المتقدمة لا تتغير، وإنما كان يتغير الثمن والأجل. وانظر هذا أيضاً إن رجع إلى اليد السابقة بدفع الثمن أقل أو مساو جاز، وإن رجع إليها أكثر امتنع، وهو الذي أشار إليه بقوله: (على العكس).

لكن في كلامه على هذا قصور؛ لأن الاثنتي عشرة صورة إنما تتصور مع اختلاف الأجل أيضاً. والله أعلم.

فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ فَكَسِلْعَةٍ، ثُمَّ اشْتُرِيَتْ مَعَ أُخْرَى وسَيَأْتِيَانِ

أي: فإن كان الراجع في المسألة بحالها أكثر مما خرج، فهو في التصور والحكم كمن باع سلعة بثمن إلى أجل ثم اشتراها مع سلعة أخرى، وستأتي. إلا أن صور المشبه تبلغ

أربعاً وعشرين صورة باعتبار الغيبة وعدمها، كما قلنا في التي قبلها، بخلاف صور المشبه به فإنها اثنتا عشرة، إذ لا فرق بين الغيبة وعدمها فيما يعرف بعينه.

فالممتنع من المشبه به سبع، وهي: بمثل الثمن نقداً، أو إلى أجل أقل، أو بأقل منه نقداً، أو إلى أجل قبل الأجل، والعلة في الأربع: أو بأكثر من الثمن نقداً، أو إلى أجل قبل الأجل، أو بعده، والعلة في الثلاث: بيع وسلف. وتبقى خمس جائزة.

وأما مع الغيبة فيما لا يعرف بعينه فالجميع ممتنع، إما لسلف [٤٦٢/ أ] جر منفعة إن اشترى بالمثل أو أقل، وإما بيع وسلف إن اشترى بأكثر. فتبين أن ما ذكره من التشبيه ليس على إطلاقه.

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ والرَّدَاءَةِ، فَهُمَا كَالزِّيَادَةِ والنَّقْصِ

يعني: فإن كان ما اشتراه ثانياً أجود مما باع أولاً، فحكمه حكم ما إذا اشترى ما باعه مع زيادة، وإذا اشترى أردأ فحكمه حكم ما إذا اشترى أقل مقداراً؛ لأن الجودة زيادة والرداءة نقص.

فَإِنْ كَانَ غَيْرَ صِنْفِهِ كَالشَّعِيرِ، أَوِ السُّلْتِ مَعَ الْقَمْحِ، أَوِ الْمَحْمُولَةِ مَعَ السَّمْرَاءِ، فَحَكَى عَبْدُ الْحَقِّ جَوَازَهُ ....

أي: فإن كان الطعام الثاني من جنس الأول لا من صنفه كالقمح مع الشعير، أو السلت أو المحمولة مع السمراء، فهل يكونان كسلعتين، كما لو باع منه ثوباً إلى أجل ثم اشترى منه فرساً، هكذا حكى عبد الحق في النكت عن بعض شيوخه القرويين.

ورأى ابن يونس أنه بالخيار على مذهب ابن القاسم، وأن المنع يأتي على مذهب سحنون ومحمد في العرض المردود مثله. وسيأتي.

وكأن المصنف نسب المسألة لعبد الحق تبرياً، إذ المعروف من المذهب أن القمح والشعير جنس واحد فكان ينبغي المنع. ولعل ما ذكره عبد الحق جار على أحد القولين في تأويل مسألة السلم الثاني، وهي: ما إذا أسلم في حنطة سلماً فاسداً وفسخ العقد بينهما ووجب للمسلم أخذ رأس ماله. قال في المدونة: فيجوز له أخذ ما شاء عن رأس ماله سوى الصنف الذي أسلم فيه، أي: لأنه إذا أخذ الصنف الذي أسلم فيه فقد تم العقد الفاسد.

فذهب فضل، وابن أبي زمنين إلى أنه يجوز أخذ المحمولة إن كان أسلم في سمراء وبالعكس، وهكذا قال غيرهما، وهو في الموازية والواضحة أيضاً. ومنعه ابن محرز، والأبياني، وقالا: لا يجوز أخذ السمراء عن المحمولة، ولا الشعير عن القمح. فما قاله عبد الحق جار على التأويل الأول.

وَيُعْتَبَرُ فِي الطَّعَامِ مُطْلَقاً أَنَّ مَنْ بَاعَ طَعَاماً إِلَى أَجَلٍ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِيَ بِذَلِكَ الثَّمَنِ وَلا بِبَعْضِهِ طَعَاماً، وَإِنْ خَالَفَهُ قَبْلَ الأَجَلِ، وَلا بَعْدَهُ إِلا أَنْ يَكُونَ كَيْلُهُ وَصِفَتُهُ؛ إِنْ مَحْمُولَةً فَمَحْمُولَةٌ، وَإِنْ سَمْرَاءَ فَسَمْرَاءُ ....

هذه المسألة نافعة للناظر في مذهب مالك؛ لدخول أشياء كثيرة تحتها، وهي ليست من بياعات الآجال، وإنما أتى بها -والله أعلم- لمناسبتها لإلغاء الوسط وسداً للذريعة. والأليق بها كتاب السلم والصلح، ومعناها: أن من باع طعاماً مطلقاً ربوياً أو غيره بثمن إلى أجل، لم يجز له ولا للمحال عليه أن يأخذ بذلك الثمن ولا ببعض ما هو عليه طعاماً، وإن خالفه قبل الأجل أو بعده، إلا أن يكون مثل الطعام الذي خرج من يده صفة ومقداراً لعدم التهمة حينئذ، ويعد حينئذ إقالة. وقوله: (بثمن) يريد: وكذلك بحال تأخر قبض الثمن حتى افترق المتبايعان. وليس هذا مخصوصاً في المذهب بالطعام، بل لا يجوز أخذ اللحم عن ثمن الحيوان ولا العكس، ولا أخذ طعام من أجرة كراء أرض للحرث، قاله في المدونة. ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا مضى زمن يمكن أن ينسج فيه؛ لأنه

إجارة مجهولة، ولا أخذ القصيل عن ثمن الشعير بعد زمن يصير فيه قصيلاً، ولا السيوف عن الحديد.

وضابطه: كل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نقداً، فلا يجوز أن يقتضى أحدهما من ثمن الآخر، كاللحم عن الحيوان والعكس، والطعام عن ثمن الأرض. وكل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز أن يقتضى أحدهما من ثمن الآخر، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام، وأخذ ثوب عن ثوبين أو العكس، وأخذ غزل عن ثمن كتان بعد مدة يمكن فيها النسج، وأخذ ثياب عن ثمن غزل في مدة يمكن فيها النسج، وأخذ قصيل عن شعير بعد مدة يمكن فيها نباته.

وجَاءَ فِي مَنْعِ أَقَلَّ مِنْهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ قَوْلانِ لِمَالِكٍ وابْنِ الْقَاسِمِ

هكذا وقع في بعض النسخ (منع) ولا حذف فيها. وفي نسخة: (بيع) وفيها حذف مضاف؛ أي: منع بيع أقل وجوازه.

فالمنع لمالك في المدونة، والجواز له في الموازية وهو الأشهر عن ابن القاسم. فنسب لكل منهما ما هو الأشهر عنه، ولم ينقل عن ابن القاسم قول صريح بالمنع، بل نقل عنه أنه قال مرة بالجواز، وقال مرة لا يعجبني. وليس مراده أن لكل منهما قولان؛ لأنه خلاف عادته، ولأن ابن القاسم لم يصرح بالمنع كما ذكرنا، ولأن هذه المسألة مستثناة من قوله: (إلا أن يكون ككيله وصفته) وأفردها لينبه على الخلاف فيها. والخلاف في المسألة مبني على الخلاف في قرب ضمان بجعل أو بعده.

والأَرْدَأُ مِثْلُهُ

ظاهره أن القولين فيه كما في الأقل وليس كذلك؛ لأن مالكاً نص في المدونة على الجواز في الأردأ وعلى المنع في الأقل، فهما مفترقان عنده.

وَإِذَا كَانَتِ السِّلْعَةُ عَرَضاً فَمِثْلُهُ كَمُخَالِفِهِ عَلَى الأَصَحِّ، وقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ: مِثْلُهُ كَعَيْنِهِ، كَمَنْ أَسْلَمَ ثِيَاباً ثُمَّ أقَالَ فِي مِثْلِهَا وزِيَادَةٍ

هذه المسألة مقابلة لقوله: (**قيل: فإن كانت السلعة طعاماً أو مما يكال أو يوزن**) أي: وإن كانت السلعة عرضاً يعرف بعينه كالثياب والحيوان فمثله كمخالفه. فإذا باع ثوباً أو شاة بعشرة إلى شهر، ثم اشترى البائع من المشتري شاة أو ثوباً بأقل نقداً، فالأصح -وهو مذهب المدونة- الجواز، كما لو اشترى فرساً أو غيره من مخالفه في الجنس.

واحتج ابن القاسم [٤٦٢/ب] بأن ذوات القيم لا يقوم المثل فيها مقام المثل، فوجب أن يكون المثل فيها كالمخالف. ومقابل الأصح لسحنون، وابن المواز وغيرهما: أن المثل كالعين، لا أن المثل يقوم في ذوات القيم مقام المثل، ولكن لمعنى آخر وهو السلف بزيادة بيانه من لو باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشترى منه مثل ثوبه بخمسة نقداً، فآل الأمر إلى أن مثل سلعته قد رجعت إليه وخرج من يده خمسة يأخذ بعد شهر عشرة.

زاد ابن المواز: فشبه ما قرره من وجه المنع بمن أسلم ثوباً في شاة أو باعه بدراهم ثم أقال من تلك العقدة على أن أخذ ثوباً وزيادة. وفرق ابن المواز بأن المسألة الأولى المتنازع فيها لم يقصد المتبايعان نقض البيعة الأولى، بل أبقياها واستأنفا بيعة ثانية لا تعلق لها بالأولى، فوجب بقاء كل حالة منهما على حالها.

ومسألة الإقالة التي شبه بها قصَد المتبايعان نقضَ البيعة الأولى بالإقالة، فوجب من أجل ذلك النظر إلى ما خرج من اليد وعاد إليها، كما في بياعات الآجال بل أولى، فقصارى مسائل الآجال أن يتهما على القصد إلى نقض البيعة الأولى، وهاهنا قد صرح بذلك.

فَلَوْ تَغَيَّرَتِ السِّلْعَةُ كَثِيراً، فَقِيلَ: كَعَيْنِهَا. وقِيلَ: كَغَيْرِهَا

يعني: لو باعه سلعة من المقومات كدابة بعشرة إلى سنة فركبها، قال في الموازية: إلى مثل الحج وبعيد السفر، فتأتي وقد نقصها ذلك، فهل يمنع أن يشتريها بائعها بتسعة مثلاً. أجازه في رواية ابن القاسم، ومنعه في رواية أشهب وبه أخذ سنحون.

وذكر في رواية أشهب أنه قال: إذا أُحدث بها عور أو عرج أو قطع حتى يعلم أنهما لم يعملا على فسخ البيع، فلا يصلح هذا ولا يؤمن عليه أحد.

قال في النكت: والرواية الأولى أقيس؛ لأن السلعة إذا تغيرت تغيراً شديداً بعدت التهمة.

ابن رشد: اختلافهما هناك اختلافهما في الرواحل إذا استقال المكري الكري بزيادة بعد أن سار من الطريق ما له بال، أجازه ابن القاسم ورأى أن هذا السير يمنع التهمة، ومنعه أشهب.

فَإِنْ كَانَ الثَّانِي بَعْضُهُ نَقْداً وبَعْضُهُ مُؤَجَّلاً - وهِيَ تِسْعٌ - فَإِنْ تَعَجَّلَ الأَقَلَّ أَوْ بَعْضُهُ امْتَنَعَ ....

يعني: فإن كان الثمن الثاني بعضه نقداً وبعضه مؤجلاً؛ فالأجل: إما مساوٍ، أو أقل، أو أكثر. والثمن: إما مساوٍ، أو أقل، أو أكثر. فهذه تسع، وإليه أشار بقوله: **(وهِيَ تِسْعٌ)** وإنما انتفت صور النقد الثلاث؛ لأن الفرض أن بعض الثمن مؤجل، وإذا كان مؤجلاً لا يصح أن يكون نقداً.

وبين الممتنع منها بقوله: **(فَإِنْ تَعَجَّلَ الأَقَلَّ أَوْ بَعْضُهُ امْتَنَعَ)** كما لو باع سلعة بعشرة إلى شهر، ثم اشتراها بتسعة فأقل، عجل منها خمسة مثلاً وأخر أربعة، وسواء أخرها إلى

أقل من الأجل، أو إلى الأجل، أو إلى أبعد؛ لأنه إذا باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشتراه بثمانية؛ أربعة نقداً وأربعة إلى نصفه، أو إلى الشهر أو إلى الشهرين، فإن ثوبه قد رجع إليه ودفع الآن أربعة وأربعة بعد نصف شهر يأخذ عنها عشرة عند تمام الشهر. وهذه الصورة قد تعجل فيها كل الأقل.

وكذلك إذا كانت الأربعة مؤخرة إلى الشهر، فإنه يسقط بسببها أربعة من العشرة لأجل المقاصة، وآل الأمر إلى أن البائع دفع الآن أربعة يأخذ عنها عند حلول الشهر ستة، والتعليل كذلك في الشهرين.

وهاتان الصورتان تعجل فيهما بعض الأقل، وهما والأولى مندرجة تحت قوله: (**فَإِنْ تَعَجَّلَ الأَقَلَّ أَوْ بَعْضَهُ**).

ويدخل في كلامه صورة رابعة مشاركة للأولى في تعجيل كل الأقل، وهي ما إذا اشتراها بأكثر وعجل بعضه وأخر بعضه إلى أجل أبعد من الأجل الأول، كما لو باعه بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه باثني عشر؛ خمسة نقداً وسبعة إلى شهرين، فإن الثوب رجع لربه، ودفع الآن خمسة يأخذ عنها مثلها عند تمام الشهر، ويدفع له المشتري حينئذ خمسة يعطيه البائع عوضاً عنها بعد شهر آخر سبعة. فالعشرة أقل من الاثني عشر، فيصدق عليها قوله: (تعجل فيها الأقل).

فعلى هذا، فـ (أو) من قوله: (فإن تعجل فيها الأقل أو بعضه) للتفصيل. فتعجل الأقل كله هو في الصورة الأولى والرابعة، وتعجل بعضه هو في الثانية والثالثة كما قررنا. وبه يندفع ما قاله **ابن عبد السلام** هنا، من أن كلامه لا يشمل الصورة الرابعة، وأن قوله: (**تَعَجَّلَ الأَقَلَّ**) خارج عن فرض المسألة؛ إذ فرضها أن بعضه مؤجل، فلا يتعجل فيها جميع الأقل.

ومَنَعَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ الْمُؤَجَّلَ إِذَا كَانَ مُسَاوِياً لِلْبَاقِي، بِنَاءً عَلَى اعْتِبَارِ: أَسْلِفْنِي وأُسْلِفُكَ، وهُوَ بَعِيدٌ ....

يعني: أن ابن الماجشون منع من الصور التسع صورةً أخرى هي جائزة على المشهور، وهي ما إذا كان المؤجل أبعد من أجل الثمن الأول وهو مساوٍ له، كما لو باعه بعشرة إلى شهر ثم استردها بخمسة نقداً أو خمسة إلى شهرين.

وقد تقدم الكلام عنها أول الفصل حين أشار إليها المصنف بقوله: (وإن كان بعيداً جداً، كأسلفني وأسلفك).

ولَوْ بَاعَ ثَوْبَيْنِ بِعَشَرَةٍ إِلَى سَنَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا نَقْداً بِتِسْعَةٍ لَمْ يَجُزْ؛ لأَنَّهُ بَيْعٌ وسَلَفٌ ....

هذه إحدى المسألتين اللتين تقدمت الإحالة عليهما قبل هذا بقوله:(وسيأتيان). ومعناها: أن من باع ثوبين بعشرة إلى سنة مثلاً ثم اشترى أحدهما بأقل من الثمن الأول نقداً كتسعة أو ثمانية أو أقل، فالثوب الراجع كأنه لم يقع فيه بيع وآل أمره إلى أنه دفع تسعة وثوباً معجلين في عشرة إلى شهر، [٤٦٣/ أ] فتسعة منها تقابل تسعة سلف، والثوب مبيع بالدينار العاشر، فقد اجتمع بيع وسلف.

ابن عبد السلام: قيل: إنما تظهر هذه التهمة إذا كان الثوب يساوي ديناراً أو نحوه، وأما لو كان يساوي خمسة ونحوها فالتهمة حينئذ بعيدة.

وينبغي على أصل ابن القاسم الجواز إذا اتضح ارتفاع التهمة، كما أجاز في الصرف إذا كانت قيمة المعجل أكثر من قيمة المتأخر جداً، ألا ترى أن البيع والسلف يكثر القصد إليه بخلاف الصرف المستأخر.

وَلَوِ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ فَأَكْثَرَ جَازَ، خِلافاً لابْنِ الْمَاجِشُونِ، وهِيَ اثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً يُمْتَنَعُ منها مَا تَعَجَّلَ فِيه الأَقَلُّ ....

يعني: فلو اشترى أحد الثوبين بمثل الثمن الأول فأكثر جاز لانتفاء التهمة؛ لأن البائع دفع عشرة وثوباً نقداً يأخذ عنهما عشرة بعد سنة، ولا تهمة في ذلك.

وما نسبه لابن الماجشون ليس بنص، وإنما نصوا له على المنع فيمن باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشتراه بثوب وعشرة، فقدر الثوب المردود مبيعاً بالثوب المدفوع والعشرة سلف بعشرة، وستأتي هذه المسألة. وألزمه التونسي منها المنع في الصورة التي ذكرها المصنف؛ لأن البائع خرج من يده ثوب وهو الباقي بيد المشتري، ورجع له ثوب عوضاً عنه وهو الذي كان خرج من يده أولاً، وهذا بيع. وخرج من يده عشرة نقداً يأخذ عشرة بعد شهر، وهذا سلف.

وكأن المصنف قوي عنده هذا الإلزام فجرى على أحد القولين في أن لازم القول قول فنسبه إليه. وحل المازري هذا الإلزام بأن ابن الماجشون قال في المسألة المنصوصة: ولاسيما إن كان الثوب المدفوع آخراً أدنى من الثوب الأول. فأشار بقوله:(أدنى) إلى اتضاح التهمة برجوع ثوب آخر مخالف، إذ اختلاف الأعواض دليل على اختلاف الأغراض، وهذا بخلاف أن يعود إلى يده عين ما خرج منها، فلا تهمة لاتحاد العوض.

وقوله: (**وهِيَ اثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً**) لأنه إذا باع ثوبين بعشرة ثم اشترى أحدهما؛ فإما: بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر. والبيع إما: نقداً، أو دون الأجل، أو إلى الأجل، أو أبعد منه.

وقوله: (**يُمْتَنَعُ منها مَا تَعَجَّلَ فِيه الأَقَلُّ**) ظاهر، وقد تقدم وهو: ما إذا اشترى أحدهما بتسعة. وظاهر كلامه أنه لا يمتنع إلا هذا، وليس كذلك، فإن الصور الثلاث التي بعد الأجل كلها ممتنعة، نص على ذلك المازري وهي: أن يشتري أحدهما ثانياً بمثل الثمن، أو أقل، أو أكثر، أو أبعد من الأجل.

أما الأولى: فلتهمة سلف جر نفعاً؛ كما لو باعها بعشرة إلى شهر ثم اشترى أحدهما بعشرة إلى شهرين؛ لأن البائع خرج من يده ثوب على أن يسلفه المشتري عشرة بعد شهر يأخذها منه بعد شهرين، والثوب عوض انتفاعه بالسلف.

وأما الثانية: وهي أن يشتريه بأقل إلى أبعد، فلأنه بيع وسلف؛ لأن البائع إذا اشتراه ثانياً بخمسة إلى شهرين، فقد خرج من يده ثوب يعطيه المشتري عند حلول الأجل عشرة؛ خمسة منه عوض عن الثوب، وخمسة يسلفها له يأخذها منه بعد شهرين.

وأما الثالثة: وهي أن يشتريه بأكثر إلى أبعد، فهو سلف جر نفعاً، وتصوره ظاهر.

وقد يمكن أن تندرج هذه الصورة الثالثة -وهي أن يشتري بأكثر إلى أبعد- في قوله: **(تَعَجَّلَ فِيه الأَقَلُّ)** لأن ما يأخذه البائع بعد شهر أقل، ويتعجل بالنسبة إلى ما يأخذه بعد شهرين. وأما الأوليان فلا تندرجان في كلامه.

وَلَوِ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ صِنْفِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، فَقَالُوا: يُمْنَعُ مُطْلَقاً، وَعِنْدِي فِي النَّقْدِ الْمُرْبِي عَلَى جَمِيعِ الثَّمَنِ، الظَّاهِرُ: الْجَوَازُ ....

مراده بغير الصنف: أن يكون الثمن الأول ذهباً والثاني فضة، أو يكون الأول محمدية والثاني يزيدية، فيئول الأمر إلى أن البائع رجع إليه أحد ثوبيه وخرج من يده ثوب وذهبٌ يأخذُ عند الأجل فضة، أو خرج من يده ثوب ومحمديةٌ يأخذ عند الأجل يزيدية.

وقوله: **(فَقَالُوا: يُمْنَعُ مُطْلَقاً)** أي: سواء كان الثمن الثاني أقل، أو أكثر، أو مساوياً، نقداً أو إلى أجل دون الأجل، أو إلى الأجل نفسه أو أبعد.

ابن بشير: ولا خلاف في ذلك، وعلله بأن السلعة المردودة سلف، وما خرج من الثوب والذهب أو المحمدية مبيع بما في ذمة المشتري من الفضة أو اليزيدية مع ما فيه من الصرف المستأخر أو البدل المستأخر.

وتبرأ المصنف من هذا بقوله: (قالوا) لإشكاله؛ لأن القياس على ما تقدم في البيع والصرف أن يجوز إذا كان المنقود أكثر من المؤجل جداً؛ لانتفاء التهمة فيه كانتفائها فيما تقدم في قوله: (إلا أن يكون المتعجل أكثر من قيمة المتأخر جداً) ولا فرق بين المسألتين.

ويدل على أن هذا الوجه هو المقتضي للتبرؤ ما وقع في بعض النسخ: (**وعندي في النقد المربي على جميع الثمن، الظاهر: الجواز**).

وقوله: (المربي) أي: الزائد على جميع الثمن. ولم يصرح بتعميم المنع في الصور كلها من غير خلاف إلا ابن بشير، وإنما أطلق غيره من المتقدمين. وعلى هذا ففي كلام ابن بشير نظر؛ لاحتمال أن يكونوا أطلقوا المنع اتكالاً على ما ذكروه في الصرف.

وقد صرح اللخمي به هنا، فقال: ينبغي الجواز حيث يكون الثمن المعجل أكثر من الثمن المؤجل بأمر بيِّن فأحرى، وهو نحو ما نسبه المصنف لنفسه.

وَلَوْ بَاعَهُ بِعَشَرَةٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ مَعَ سِلْعَةٍ نَقْداً بِمِثْلِ الثَّمَنِ، أَوْ أَقَلَّ، أَوْ أَكْثَرَ لَمْ يَجُزْ؛ لأَنَّهُ بَيْعٌ وسَلَفٌ ....

هذه المسألة الثانية المحال عليها أولاً، ومعناها: أنه إذا باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشتراه مع ثوب آخر بعشرة لم يجز؛ لأنه قد آل أمره إلى أن ثوبه رجع إليه وخرج منه عشرة يأخذ [٤٦٣/ ب] عنها بعد شهر عشرة وقد ازداد ثوباً أولاً.

وإذا ظهر لك هذا في الشراء بمثل الثمن كان فيما إذا اشتراها بأكثر أوضح، وهي الصورة الثالثة من كلام المصنف.

أما إذا اشتراها بأقل كما لو اشتراها بثمانية نقداً، فقد رجع إليه ثوبه وآل الأمر إلى أنه دفع ثمانية دنانير نقداً أخذ عنها ثوباً نقداً وعشرة دنانير إلى أجل، لا خفاء في فساده لأنه بيع وسلف.

وقد صرح المازري وابن عبد السلام: بأن المنع في المثل وأقل لسلف جر نفعاً كما ذكرنا. فقول المصنف: (**لأَنَّهُ بَيْعٌ وسَلَفٌ**) يحتمل أن يعود على صورة الأكثر وفيه بعد، ويحتمل أن يعود على الثلاث وهو ظاهر كلام ابن بشير. فكأنه وزع المنقود على السلعة المزيدة من جهة المشتري وعلى ما يقتضيه عند الأجل من ذمته، فيجتمع فيه البيع والسلف، وتقرير المازري أظهر. والله أعلم.

وكَذَلِكَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ أَوْ بِمِثْلِهِ إِلَى أَبْعَدَ، ويُعَدُّ الْمُشْتَرِي مُسْلِفاً، بِخِلافِ الأَقَلِّ عَلَى الأَصَحِّ ....

أي: ويلتحق بالصور الثلاث في المنع صورتان أيضاً؛ **الأولى**: أن يشتري ذلك الثوب مع سلعة أخرى بأكثر من الثمن الأول إلى أبعد من الأجل الأول، إلا أن البائع كان في المسألة السابقة مسلفاً وفي هذه المشتري هو المسلف.

مثاله: إذا باع ثوباً بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه مع ثوب آخر باثني عشر إلى شهرين، فقد رجع إليه ثوبه وآل أمرهما إلى أن المشتري يدفع للبائع عند تمام شهره عشرة، وقد كان أعطى مع الثوب المسترجع ثوباً آخر يدفع له البائع عن ذلك كله اثني عشر، والمشتري مسلف وبائع.

وأما الصورة الثانية: وهي ما إذا كان بمثل الثمن الأول فلا مانع، وإنما تبع المصنف ابن بشير، فهو الذي ذكر المنع وحده ولا وجه له.

وقد نص ابن محرز والمازري على الجواز، وبيانه: أن البائع إذا اشترى الثوب الذي كان باعه مع ثوب آخر بمثل الثمن الأول إلى أبعد، فقد رجع إلى يد البائع ما خرج منها، وأخذ الآن ثوباً مع عشرة يأخذها من المشتري عند حلول الأجل، فالمشتري وإن كان مسلفاً ولكنه سلف لم يجر نفعاً بل جر له خسارة.

وإذا ظهر لك الجواز في المثل ففي أقل من باب أولى، فلا معنى للخلاف في قوله: (**عَلَى الأَصَحِّ**) فإن المنع لا حظ له في الصحة فضلاً عن أن يكون صحيحاً مقابلاً للأصح. ولم يذكر المازري في هذه المسألة غير الجواز، نعم ذكر ابن بشير الخلاف وهو مشكل.

تنبيه: هذه المسألة تتصور فيها اثنتا عشرة صورة كما تقدم في غيرها، وتصورها واضح.

وتعرض المصنف للحكم فيما إذا اشتراها بالنقود، والحكم فيما إذا اشترى إلى أجل أبعد وسكت عما إذا اشتراه لأقل من الأجل لأنه مساو للنقد، وعما إذا كان اشتراه إلى الأجل؛ لأن الحكم حينئذ الجواز.

وَلَوْ كَانَ ثَوْباً بِعَشَرَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخَمْسَةٍ وَسِلْعَةٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِمَا تَقَدَّمَ

هذه المسألة عكس التي قبلها، فإن زيادة السلعة كانت في الأولى من المشتري الأول وفي هذه من البائع الأول. ومعناها: أن من باع ثوباً بعشرة إلى شهر مثلاً ثم اشتراه بخمسة وشاة. وصورها أيضاً اثنتا عشرة؛ لأن البيعة الثانية إما أن تكون بأقل من الثمن الأول، أو بمثله، أو أكثر نقداً، أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أقل منه، أو أبعد.

ولا يجوز منها إلا إذا كان البيع إلى الأجل نفسه. بيان ذلك: أن ثوبه قد رجع إليه فصار لغواً وآل الأمر إلى أنه دفع خمسة وشاة نقداً يأخذ عنها عشرة إلى شهر، وذلك بيع وسلف. وكذلك إذا كان يدفع الخمسة إلى نصف شهر، وإن كان يدفع الخمسة بعد شهر فكذلك، إلا أن المشتري هنا هو المسلف.

وأما إذا كانت الخمسة تحل بحلول الأجل الأول فلا مانع؛ لوجوب المقاصة.

وحذف المصنف (إلى أجل) في قوله: (ولو كان ثوباً بعشرة، ونقداً) من قوله: (واشتراه بخمسة) اعتماداً على ذكرهما في الصورة المتقدمة؛ لأنها مثلها في المعنى. ولهذا أشار إلى اشتراكهما في العلة في قوله: (**لَمْ يَجُزْ؛ لِمَا تَقَدَّمَ**).

وَلَوِ اشْتَرَاهُ بِعَشَرَةٍ فَأَكْثَرَ جَازَ، خِلافاً لابْنِ الْمَاجِشُونِ فَإِنَّهُ جَعَلَ السِّلْعَةَ مَبِيعَةً بِالسِّلْعَةِ، والْعَشَرَةِ الْمُؤَجَّلَةِ والْعَشَرَةِ النَّقْدِ سَلَفاً، وهُوَ وَهْمٌ، وصَحَّحَ الْبَيْعَ الأَوَّلَ ....

أي: لو باع ثوباً بعشرة إلى شهر، ثم اشتراه بشاة وعشرة أو أكثر نقداً، جاز عند ابن القاسم؛ لأن مآل أمر البائع أنه دفع شاة وعشرة دنانير أو أكثر نقداً يأخذ عوضاً عن ذلك العشرة دنانير إلى شهر، ولا تهمة فيه.

ومنع ذلك ابن الماجشون، قال: ولاسيما إن كان الثوب المدفوع آخراً أدنى من الأول. ومن هذه خرج التونسي المنع في المسألة المتقدمة كما تقدم.

وبين المصنف سبب المنع بقوله: (**فَإِنَّهُ جَعَلَ...**) إلخ. أي: جعل السلعة العائدة إلى يد البائع -وهي التي خرجت من يده أولاً- مبيعة بالسلعة الخارجة من يده ثانياً، وجعل العشرة النقد سلفاً في العشرة المؤجلة، فيكون بيعاً وسلفاً. وقال: وهو وهم، أي: والجعل المذكور وهم. وبين علة وهمه بقوله: (**وَصَحَّحَ الْبَيْعَ الأَوَّلَ**) أي: أن الثوب إنما يكون مبيعاً بالشاة في الفرض المذكور إذا قدرنا أنه انتقل إلى ملك المشتري، وإذا انتقل إلى ملك المشتري الأول في المعاوضة الأولى [٤٦٤/ أ] لزم أن تكون تلك المعاوضة صحيحة، وإذا صحت كانت العشرة قد تقررت في ذمة المشتري الأول من بيع صحيح، وذلك مانع؛ لأنه يعد قضاء عن سلف، إذ الشيء الواحد لا يكون ثمناً وسلفاً.

وحاصله: أن تصحيح الأولى يستلزم صحة ما بعدها لعدم السلف وهو ظاهر، إن كان عبد الملك قد قال: (**جعلت السلعة...**) إلخ. وإن كان إنما قال بالمنع، وتأولوا عليه ذلك، فقد يعلل المنع بغير ما ذكر وهو الضمان؛ لأنه ضمنه السلعة بالشاة وتعجيل العشرة.

وفِيهَا مَسْأَلَتَا الْحِمَارِ والْفَرَسِ

وقع هنا نسختان: (منها)، و(فيها) والثانية أحسن؛ لأن الضمير في: (فيها) يعود على المدونة. والضمير في: (منها) ظاهره أنه عائد على بياعات الآجال وهما ليستا منها، ويحتمل أن يعود أيضاً على المدونة.

وتسمى الأولى منها مسألة البرذون لفرضها فيه في أصل المدونة، وفرضها البرادعي في فرس. والثانية ذكرها ربيعة وهي موافقة لأصول المذهب، ولذلك أتى بها سحنون.

فَالأُولَى: إِذَا أَسْلَمَ فَرَساً فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ قَبْلَ الأَجَلِ مَعَ خَمْسَةٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ بَيْعٍ وسَلَفٍ، وضَعْ وتَعَجَّلْ، وحُطَّ الضَّمَانَ وأَزِيدُكَ ....

أي: فالمسألة الأولى، وتصورها ظاهر، ثم أخذ يتكلم على بيان العلل الثلاث، فقال:

فَأَمَّا الْبَيْعُ والسَّلَفُ، فَمَبْنِيٌّ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنْ أَنَّ الْمُعَجِّلَ لِمَا فِي الذِّمَّةِ مُسْلِفٌ، ثُمَّ يَقْتَضِيهِ مِنْ ذِمَّتِهِ عِنْدَ أَجَلِهِ لا أَنَّهُ أَدَّاهُ وبَرِئَ، وصَوَّبَ الْمُتَأَخِّرُونَ الشَّاذَّ ....

أي: أن البيع والسلف ينبني على المشهور من أن المعجل لما في الذمة مسلف، ثم يقتضيه من ذمته عند أجله؛ لأنه لما ترتب له في ذمته عشرة أثواب إلى شهر ثم أعطاه خمسة الآن وفرساً، فالخمسة سلف يقتضيها من نفسه عند تمام الشهر، والفرس مبيع بالخمسة الأخرى.

وأما على الشاذ من أن المعجل لما في الذمة لا يعد مسلفاً ويبرأ، فيجوز كما لو كان حالاً، وهو قول البرقي. ولكن لا يدل هذا على أنه يجيز المسألة للعلتين الأخيرتين.

وقوله: (**وصَوَّبَ...**) إلخ. فمن ذلك ما احتج به اللخمي من أنه لو كان مسلفاً لرب الدين للزم إذا أفلس المعجل أن يكون لغرمائه القيام على رب الدين ويأخذوا منه ما عجله له بمثابة من له دين وعليه دين، ثم قام الغرماء على أحدهما، فإن الآخر لا يكون أحق بما في ذمته.

ورده المازري، وابن بشير بأن أدنى درجات الأثواب المعجلة في هذه الصورة أن تكون هنا بيد من عجلت له فيكون أولى بها.

وأجيب: بأن مشهور المذهب في الرجلين إذا كان لكل منهما دين على الآخر، أنه ليس لغير المفلس منهما التمسك بما في ذمته رهناً، بل يحاص فيه الغرماء، خلافاً لأشهب في الاختصاص.

ورد بأن المعجل في مسألة الأجل لأجل المؤجل فصار كالرهن به بخلاف الدينين ابتداء. وصوب ابن بشير الشاذ لعلة أخرى، وهي: أنهما قصدا إلى براءة الذمة، فينبغي أن يمضيا على ما قصدا، وتعجيل السلف حتى يقتضى من الذمة بعيد.

وَالثَّانِي عَلَى أَنَّ الْفَرَسَ يُسَاوِي أَقَلَّ

أي: والمانع الثاني - وهو: ضع وتعجل- يدخل المسألة بتقدير أن الفرس مساو لأقل من خمسة، كما لو ساوى أربعة تبقى ستة عجل له منها خمسة على أن وضع عنه السادس، والمعروف منع ضع وتعجل. وحكى بعضهم عن ابن القاسم جوازه. ابن زرقون: أراه عنه وهماً.

وَالثَّالِثُ عَلَى أَنَّهُ يُسَاوِيَ أَكْثَرَ

أي: ويدخل المانع الثالث على تقدير أن يكون الفرس يساوي أكثر، كما لو ساوى ستة فتبقى أربعة، فيحط عنه ضمانها على أن يزيده ثوباً. قال في المدونة: ويدخله تعجل حقك وأزيدك دخولاً ضعيفاً.

فائدة: شرط ضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك اتحاد الجنس. أشار إليه التونسي وغيره.

وقد نص مالك في الموازية على أنه لو أخذ عرضاً في دينه قبل أجله يساوي أقل ما له عليه مع تخالفهما أن ذلك جائز، وإن كان أقل من القيمة كثيراً. ولم يخالف في ذلك إلا الليث.

وكذلك نص ابن يونس على أن ضع وتعجل لا يدخل إلا الجنس الواحد، لكنه قال: وأما حط الضمان وأزيدك يدخل في الجنس والجنسين فيما لا يجب تعجيله. ولهذا أول صاحب النكت قول مالك في هذه المسألة أنه يدخلها ضع وتعجل، وقول ربيعة في الذي بعدها على أن المراد إنما هو خوف أن يقصدا بهذا الفعل ضع وتعجل.

وإذا تقرر هذا ظهر لك أنه لا ينبغي أن تعلل هذه المسألة بضع وتعجل، وحط الضمان وأزيدك؛ لاختلاف العوضين وهما الفرس والأثواب، ولهذا لم يعتمد الأشياخ إلا على المانع الأول، ولأنه عام ساوى خمسة، أو أقل، أو أكثر بخلافهما.

وقِيلَ: تَجُوزُ

أي: وقيل تجوز هذه المسألة، لا يقال هذا تكرار؛ لأنه فهم من قوله أولاً. وصوب المتأخرون الشاذ؛ لأن ذلك خلاف في القاعدة وهذا خلاف في المسألة، ولا يلزم الخلاف في القاعدة القول بجواز هذه المسألة؛ لما تقدم أن هذا الشاذ لم يقع نصاً في عينها، وإنما وقع في نظيرها لابن القاسم في الموازية: فيمن أسلم ذهباً في عبدين أو فرسين، فعوض عنهما قبل الأجل [٤٦٤/ ب] عبداً مثل شرطه وعرضاً معه، ذلك جائز مع أن أحد العبدين المعجل سلف وقد عوض عن الآخر بالعرض.

وهَذَا إِذَا كَانَ الْمَرْدُودُ عَيْنَ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ غَيْرَهُ والْمَزِيدُ مُعَجَّلاً، فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ مُؤَخَّراً مُنِعَ؛ لأَنَّهُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ، وبَيْعٌ وسَلَفٌ مُحَقَّقٌ

قوله: (**عَيْنَ رَأْسِ الْمَالِ**) أي: الفرس أو غيره. يعني: من غير جنسه، وأما إن كان غيره -وهو موافق- فسيأتي. وهذا هو صورة المسألة المتقدمة، وإنما ذكره ليواطئ؛ لقوله:

(**فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ مُؤَخَّراً...**) إلخ. يعني: فإن كانت الأثواب التي مع الفرس مؤخرة عن الأجل فهو فسخ دين في دين، وهو مراده بقوله: (**لأَنَّهُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ**).

وقوله: (**وبَيْعٌ وسَلَفٌ**) أي: بيع الخمسة الأثواب بالفرس مع تأخير الدين عن أجله الذي وجب قضاؤه فيه، وذلك سلف بلا إشكال ولا خلاف؛ لأن الخلاف إنما هو فيمن عجل ما أجل هل يعد مسلفاً أم لا ؟ أما من أخر ما عجل، فإنه يعد به مسلفاً اتفاقاً.

فإن قيل: من شرط فسخ الدين في الدين التي فسرت به كلامه أن يكون في الجنس على أكثر مما في الذمة، أو يكون في غير الجنس، وقد انتفى كل واحد منهما هنا.

فجوابه: لا نسلم الانتفاء؛ لجواز أن يكون الفرس يساوي ستة فتبقى أربعة فسخها في خمسة إلى أبعد، قال معناه **ابن عبد السلام**.

خليل: ويمكن أن يعلل المنع في تعليل الأثواب بعلة أخرى، وهي: السلف بزيادة والضمان بجعل؛ لأنه إذا أخر الخمسة كما ذكرنا يحتمل أن تكون الفرس لا تساوي الأربعة فيكون ضماناً بجعل، ويحتمل أن يكون ستة فيكون قد أسلف أربعة بخمسة، فتأمله.

وإِنْ كَانَ إِلَى مِثْلِهِ جَازَ

أي: وإن كان المزيد إلى الأجل جاز؛ لأن الفرس حينئذ مبيع بخمسة، والخمسة الأخرى باقية إلى الأجل نفسه، ولا مانع منه. وأورد أن ظاهره يقتضي أنه وقعت زيادة ولم تقع، بل الخمسة باقية إلى الأجل نفسه، وكذلك أيضاً قوله: (إلى مثل الأجل) وإنما هو في نفس الأجل.

وأجيب بأنه سماها زيادة بالنسبة إلى المعاوضة الأولى، وأطلق المثل وأراد به النفس، وهو كأحد التأويلين في قوله تعالى: ﴿ لَيْسَ كَمِثْلِهِۦ شَىْءٌ ﴾ [الشورى:١١] أي: ليس كذاته شيء، والتأويل الثاني أن الكاف زائدة.

فَإِنْ كَانَ الْمَرْدُودُ مِثْلَهُ مُنِعَتِ الصُّوَرُ كُلُّهَا؛ لأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ

يعني: فإن كان المردود عن الفرس فرساً آخر مثل الفرس، فقد آل أمرهما إلى أنه أسلفه فرساً رد إليه مثله، وكل ما يعطيه معه فهو زيادة لأجل السلف.

وقوله: (**الصُّوَرُ كُلُّهَا**) أي: سواء كان المزيد منقوداً في الحال، أو إلى الأجل الأول، أو أبعد.

الثَّانِيَةُ: إِذَا بَاعَ حِمَاراً بِعَشَرَةٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ وَدِينَاراً نَقْداً لَمْ يَجُزْ؛ لأَنَّهُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ، وَضَعْ وَتَعَجَّلْ، وَذَهَبٌ وَعَرَضٌ بِذَهَبٍ مُتَأَخِّرٍ

أي: المسألة الثانية، وتصورها ظاهر، وذكر لها ثلاثة موانع؛ **الأولى**: بيع وسلف؛ لأن المشتري تقررت في ذمته عشرة دنانير دفع عنها معجلاً الحمار الذي اشتراه مع دينار ليأخذ من نفسه عند حلول الأجل عشرة، تسعة عوض عن الحمار ودينار عن الدينار المتقدم.

وقوله: (**وَضَعْ وَتَعَجَّلْ**) أي: على تقدير أن يكون الحمار يساوي ثمانية فأقل.

وقوله: (**وَذَهَبٌ وَعَرَضٌ بِذَهَبٍ مُتَأَخِّرٍ**) ظاهر من الكلام الأول. ولا يدخل هنا حط الضمان وأزيدك، إذ لا ضمان في العين.

هَذَا إِذَا كَانَ الْبَيْعُ نَسِيئَةً وَالْمَزِيدُ عَيْناً مُعَجَّلاً

ليس غرضه بهذا الاحتراز عن شيء، وإنما هو الحكم المتقدم، ولكن ذكره ليرتب عليه ما بعده.

فَإِنْ كَانَ مُؤَخَّراً عَنْهُ، أَوْ إِلَى مِثْلِهِ، أَوْ دُونَهُ امْتَنَعَ؛ لأَنَّهُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ، إِلا أَنَّهُ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ إِلَى الأَجَلِ جَائِزٌ؛ لأَنَّ حَقِيقَتَهُ بَيْعُهُ بِالْبَعْضِ ....

اسم (كان) عائد على المزيد؛ يعني: بشرط أن يكون من العين، سواء كان مماثلاً أو مخالفاً ويدلك على أن مراده العين. قوله بعد ذلك: (**فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ غَيْرَ عَيْنٍ**) فإن

قيل: لم لا يعود الضمير في (كان) على العين المزيد مع الحمار سواء كان من جنس الثمن أو لا ؟ قيل: لو أراد ذلك لقال: كانت؛ لتأنيث العين.

وقوله: (**دَيْنٌ بِدَيْنٍ**) أي: فسخ دين في دين. وقوله: (**إِلَى مِثْلِهِ**) أي: إلى الأجل نفسه. وقوله: (إلا استثناء من الممتنع) أي: إلا أن يكون المزيد من جنس الثمن إلى الأجل وهو جائز، كما لو باعه حماراً بعشرة إلى شهر، ثم استرده وديناراً يأخذه عند تمام الشهر. وعلله بقوله: لأن حقيقته بيعه بالبعض. أي: لأن حقيقة الأمر فيه ومآله أنه اشترى الحمار بتسعة دنانير من العشرة، ولا محذور فيه.

خليل: وعلى هذا فالصور ستة؛ لأن المزيد له صورتان: موافق، ومخالف. وكل منهما إما: إلى دون الأجل، أو إلى نفس الأجل، أو أبعد منه. لا يجوز منها إلا صورة واحدة، وهي التي استثناها المصنف بقوله: (**إِلا أَنَّهُ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ إِلَى الأَجَلِ**).

وقد يعلل المنع بغير ما ذكره المصنف، فيعلل فيما إذا كان المزيد من غير جنس الثمن الأول بالصرف المؤخر، ويعلل فيما إذا كان المزيد من جنس الثمن الأول إلى أبعد من الأجل بالبيع والسلف. والله أعلم.

فَإِنْ كَانَ الْمَزِيدُ غَيْرَ عَيْنٍ مُعَجَّلاً جَازَ، وَإِلا مُنِعَ مُطْلَقاً؛ لأَنَّهُ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ

هذا قسيم قوله: (والمزيد عيناً) أي: وإن كان المزيد مع الحمار عرضاً غير عين، فإن كان معجلاً جاز؛ لأنه باع عيناً في الذمة بعرض وحمار ولا مانع، وإلا - أي: وإن لم يكن العرض معجلاً [٤٦٥/ أ] بل كان مؤخراً، وسواء كان إلى الأجل، أو أبعد، أو أقل- منع؛ لأنه فسخ دين في دين. أي: لأنه انتقل من الدين الذي له في ذمة المشتري إلى حمار معجل وعرض مؤجل.

وإنْ كَانَ الْبَيْعُ نَقْداً لَمْ يُقْبَضْ والْمَزِيدُ مُعَجَّلاً، جَازَ كَغَيْرِهِ مِنَ الْقَضَاءِ، وإلا مُنِعَ مُطْلَقاً؛ لأَنَّهُ فِي النَّقْدِ الْمِثْلِيِّ بَيْعٌ وسَلَفٌ مُحَقَّقٌ، وفِي غَيْرِهِ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ أَوْ صَرْفٍ مُسْتَأْخَرٍ ....

مراده بالنقد المعجل لا النقد الذي هو مقابل العرض، يعني: فإن باع الحمار بعشرة دنانير مثلاً نقداً ولم يقبضها البائع فأعطاه المشتري الحمار وزيادة عوضاً من تلك الدنانير، فإن عجل الزيادة التي مع الحمار جاز كغيرها من الصور، وهذا صحيح إن لم تكن الزيادة فضة، فإن كانت فضة فيدخله البيع والصرف، فأجره على ما تقدم. وأطلق المصنف اعتماداً على ما تقدم، وفي معنى هذه الصورة ما لو باعه بدراهم يزيدية ثم استردها مع زيادة محمدية، أو بالعكس.

قوله: (**وإلا مُنِعَ مُطْلَقاً**) أي: وإن لم يكن المزيد معجلاً بل تأخر امتنع مطلقاً؛ لأنه إن كان المزيد من جنس الثمن الأول فهو تأخير في بعض ذلك الثمن بشرط، وذلك سلف اقترن بالبيع. وهذا معنى قوله: (**لأَنَّهُ فِي النَّقْدِ الْمِثْلِيِّ بَيْعٌ وسَلَفٌ مُحَقَّقٌ**) وإن كان المزيد من غير جنسه، فإن كان عيناً فهو صرف مستأخر، وإن كان غير عين فهو فسخ دين في دين.

وظاهر كلامه أنه إذا كان المبيع أولاً نقداً أنه لا يختص الممتنع منه بقوم دون قوم. وقيده ابن أبي زيد بأهل العينة؛ لأن البيعة الأولى نقداً بخلاف القسم الذي قبله، فيتهم فيه أهل العينة وغيرهم. وخالفه غيره وأبقاه على إطلاقه كالمصنف؛ لأن الفساد هنا أقوى، إذ الفساد في البيعة الثانية لا يتوقف على انضمامه إلى الأولى، بخلاف بيوع الآجال إنما يتم فيها الفساد بالبيعتين، وما يتصور فيه الفساد بنفسه أقوى مما يتوقف على غيره. وقيد ابن أبي زيد أيضاً المنع فيها بأن المشتري لم ينقد العشرة أولاً، إذ لو نقد لجاز أن يشتري البائع منه معجلاً ومؤجلاً؛ لأنها بيعة ثانية، وهو ظاهر تقييد المصنف بقوله: (**لَمْ يُقْبَضْ**).

وخالفه غيره ورأى أن المنع يتصور في المسألة وإن نقد؛ لأنه يقدر أنه اشترى الحمار بتسعة على أن أسلفه قابضها العاشر إلى الأجل.

فَإِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنَ الْبَائِعِ جَازَ مُطْلَقاً

أي: وإن استرد البائع الحمار الذي باعه على أن دفع البائع للمشتري زيادة وأخذ الحمار جاز مطلقاً، سواء كانت البيعة الأولى نقداً أو إلى أجل، كان المزيد من جنس الثمن أو لا.

إِلا أَنْ تَكُونَ مُؤَجَّلَةً مِنْ صِنْفِ الْمَبِيعِ فَيُمْتَنَعُ؛ لأَنَّهُ سَلَفٌ بِزِيَادَةٍ

أي: إلا أن تكون تلك الزيادة حماراً مؤجلاً، وهو مراده بقوله: (**مِنْ صِنْفِ الْمَبِيعِ فَيُمْتَنَعُ**) وعلل المنع بسلف بزيادة، أي: يعد المشتري كأنه أسلف البائع حماراً يقضيه منه إلى أجل على أن أسقط البائع عنه العشرة التي له في ذمته، وهذا سلف بزيادة.

وَيُفْسَخُ الثَّانِي مِنْ بُيُوعِ الآجَالِ بِاتِّفَاقٍ دُونَ الأَوَّلِ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: إذا وقعت بياعات الآجال على الوجه الممنوع، كما لو باعها بعشرة إلى شهر ثم اشتراها بثمانية نقداً، فقال المصنف، والمازري: يفسخ البيع الثاني باتفاق. أي: إذا كانت السلعة قائمة، كما يدل عليه كلامه بعد. فإن قيل: ففي الاتفاق نظر؛ لأن اللخمي حكى عن ابن عبدوس أنها لا تفسخ، ولكن لا يكون للمشتري الثاني -وهو البائع الأول- إذا حل الأجل الأول إلا ما خرج من يده. قيل: قد نازعه المازري في نقل هذا القول هكذا، وقال: الذي نقله غيره من هذا القول أنه يمنع من رد المبيع من يد مبتاعه الأخير بشرط أن يفوت، فيحتمل أن يقول كقوله بإمضاء البيعتين مع الفوات، كما سيأتي.

وقوله: (**دُونَ الأَوَّلِ عَلَى الأَصَحِّ**) هو قول ابن القاسم في المدونة؛ لأن الفساد إنما دار مع الثاني وجوداً وعدماً، وبالقياس على اقتضاء الطعام من ثمن الطعام وشبهه.

ومقابله لابن الماجشون فسخ البيعتين، قال: إلا أن يصح أنهما لم يتعاملا على العينة، إنما وجدها تباع فابتاعها بأقل من الثمن، فتفسخ البيعة الثانية فقط.

ووجهه: أن الفساد إنما حصل من مجموع البيعتين؛ لاتهامهما أنهما قصدا دفع القليل في الكثير؛ ولأنه ظاهر قول عائشة -رضي الله عنها- فقد روى مالك عنها: **أن محبة -أم ولد لزيد بن أرقم- ذكرت لعائشة -رضي الله عنها- أنها باعت من زيد عبداً بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتاعته بستمائه نقداً. فقالت عائشة: بئس ما شريت وبئس ما اشتريت، أبلغي زيداً أن قد بطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب. فقالت لها: أرأيت إن تركت المائتين وأخذت ستمائة ؟ فقالت: نعم ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ ﴾** [البقرة:٢٧٥]. وظاهره فسخ البيعتين. ورواه بعضهم: (بئس ما شريت، أو بئس ما اشتريت) على الشك من الراوي.

وفي هذا الخبر دليل على المنع فيما قلناه من هذه البياعات. أبو محمد: ولم تطلق عائشة ما قالت إلا وتحريم ذلك عندها مقرر.

ابن يونس: يريد أن ذلك لا يعلم قياساً، وإنما يعلم من طريق التوقيف من النبي صلى الله عليه وسلم. وقول من قال من أصحابنا: لعلها إنما قالت ذلك لوقوع البيع إلى العطاء وهو مجهول ليس بظاهر؛ لأن المنقول عن عائشة -رضي الله عنها- [٤٦٥/ ب] جواز البيع إلى العطاء، ولأن آخر الآثار ينافيه.

وضعف بعض الشيوخ هذا الخبر لما فيه من قولها: (أبطل جهاده) وظاهره إبطال الذنوب للأعمال، وهو خلاف كتاب الله، وحديث نبيه صلى الله عليه وسلم، ومذهب جماعة أهل السنة.

عياض: ووجه تأويل قولها عندي - على موضوع كلام العرب ومجاز لفظها - أنها رأت أن مقارفة هذا الذنب من مثله والاقتداء به فيه، واقتداء من يأتي بعده بفعله ويجعله حجة بين الله وبينه، مما يرجح مجموع هذا في الميزان على جهاده مع النبي صلى الله عليه وسلم.

فَإِنْ فَاتَتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي الثَّانِي والْقِيمَةُ أَقَلُّ، فُسِخَا عَلَى الأَصَحِّ

الفوات هنا يكون بحوالة السوق وغيرها كما في البيوع الفاسدة، ونص عليه سحنون هنا. وقيل: لا تفيتها حوالة سوق وإنما تفيتها العيوب المفسدة أو ذهاب عينها. ونقل أيضاً عن سحنون، وابن كنانة، وإليه ذهب التونسي وغيره. يعني: فإن فاتت السلعة بيد البائع الأول -وهو المشتري الثاني- وكانت قيمتها أقل من الثمن الأول -كما لو كانت قيمتها ثمانية والثمن الأول عشرة- فسخت البيعتان معاً، ويكون للبائع على المشتري الثمن الذي دفع إليه. وعبر بعضهم عن الأصح بالمشهور، **ووجهه**: أنا لو فسخنا الثانية خاصة لزم دفع القيمة معجلاً وهي أقل، ثم يأخذ عنها عند الأجل أكثر، وهو عين الفساد الذي منعنا منه ابتداء، بخلاف ما إذا لم تفت كما تقدم، أو فاتت وكانت القيمة مساوية للثمن الأول أو أكثر، فإنا إذا فسخنا الثانية بقيت الأولى على حالها فلا يلزم محذور، وهذا الأصح من مذهب ابن كنانة وسحنون. وتأول ابن أبي زمنين مذهب ابن القاسم عليه.

والذي نقله اللخمي والمازري وغيرهما عن ابن القاسم فسخ البيعتين مع الفوات مطلقاً؛ لأن البيعتين لما ارتبطت إحداهما بالأخرى صارتا في معنى العقد الواحد.

وصرح ابن شاس بأنه المشهور. وعلى هذا ففي المسألة ثلاثة أقوال، ولابن مسلمة رابع بفسخ البيعة الثانية مع القيام، فإن فاتت السلعة مضت البيعتان؛ للخلاف في جواز هذه البيوع ابتداء. ويفهم من تقييده الفوات بأن تكون بيد المشتري الثاني أنها لو فاتت في يد المشتري الأول لفسخت الثانية خاصة، وهو اختيار الباجي، قال: ولم أره نصاً.

بَيْعُ أَهْلِ الْعِينَةِ

لما فرغ من بيوع الآجال التي لا تخص أحداً أعقبها ببيع أهل العينة؛ لاتهام بعض الناس فيها.

والعينة: بكسر العين، وهي فعيلة من العون؛ لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده. وقيل: من العناء وهو تجشم المشقة. وقال عياض: سميت بذلك لحصول العين وهو النقد لبائعها، وقد باعها بتأخير.

مِثْل: اشْتَرِ لِي هَذِهِ وَأُرْبِحُكَ. فَإِنْ سَمَّى الثَّمَنَ وَأَوْجَبَ الْبَيْعَ إِلَى أَجَلٍ فَسَلَفٌ جَرَّ مَنْفَعَةً ....

أي: فإن قال له: اشتر لي وأنا أربحك وسمى الثمن، كما لو قال له: اشتريها لي بعشرة وأنا أشتريها باثني عشر إلى أجل فإنه لا يجوز؛ لأنه سلف جر منفعة. ولا فرق بين أن يقول: اشتر لي وأربحك، أو اشتر وأربحك في هذا. نعم بين الصيغتين فرق من وجه آخر سيأتي.

وَإِنْ كَانَ نَقْداً فَقَوْلانِ: يَجُوزُ بِجَعْلِ الْمِثْلِ، وَيُمْنَعُ

أي: وإن كان الثمن الذي أوجبا به البيع نقداً، مثل: اشتر لي سلعة كذا بعشرة وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً، ففيها قولان؛ **أحدها**: الجواز، ويكون للمأمور جعل المثل. **والثاني**: المنع؛ لأنه من بيع ما ليس عندك. وتبع المصنف في هذه المسألة ابن بشير، وابن شاس. والصواب جوازها إن كان النقد من الآمر، أو من المأمور بغير شرط؛ لأنه لما قال له: اشترها لي ولك كذا، فقد استأجره بدينارين على اشتراء السلعة. وإن كان النقد من المأمور بشرط فإجارة فاسدة؛ لأنه استأجره بدينارين على أن يبتاع له السلعة ويسلفه ثمنها من عنده، هكذا نقله ابن رشد، وابن زرقون وغيرهما.

وإِنْ لَمْ يُسَمِّ، فَجَعَلَ الْمِثْلَ

أي: وإن لم يسم الثمن ولم يوجب البيع، فعلى الآمر جعل المثل، ولم يصرح المصنف بأنها جائزة أو لا. ونص عياض على المنع إذا قال: [٤٦٦/ أ] اشتر لي وأنا أربحك كذا وإن لم يسم ثمناً، وأنه ربا ويفسخ. وأما إن قال له: اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها وأشتريها منك من غير تسمية ربح ولا مراوضة، فنص ابن حبيب على الكراهة، قال: وإن وقع مضى. وكذلك قال مالك: لا أبلغ به الفسخ.

عياض: وكذلك كرهوا له أن يقول له: لا يحل في أن يعطيك ثمانين بمائة، ولكن هذه السلعة قيمتها ثمانون خذها بمائة.

وقد قسم ابن رشد وعياض العينة إلى ثلاثة أقسام: جائز، وممنوع، ومكروه.

فالجائز: أن يمر الرجل بالرجل من أهل العينة، فيقول له: هل عندك سلعة كذا أبتاعها منك؟ فيقول: لا. فينقلب من غير مراوضة ولا تسمية ربح ولا وأي ولا عادة فيشتريها، ثم يلقاه بعد فيخبره أنه قد اشتراها، فيبيعها بما شاء منه نقداً أو نسيئة.

والمكروه، أن يقول: اشتر لي سلعة كذا وأنا أربحك وأشتريها منك من غير مراوضة ولا تسمية ربح، ولا يصرح بذلك ولا يعرض، فهذا هو الذي قاله ابن حبيب يكره، فإن وقع مضى. وكذلك قال ابن نافع عن مالك كما تقدم.

والحرام: أن يراوضه على الربح ويسمي الثمن، أو يقول: أنا أشتريها على أن تربحني فيها كذا، أو العشرة من كذا. ابن حبيب: فهذا حرام. قال: وكذلك لو قال اشترها لي وأنا أربحك، وإن لم يسم ثمناً. قال: وذلك كله ربا، وليس فيه إلا رأس المال.

وقسم ابن رشد هذا الممنوع على ستة أقسام: ثلاث في قوله: (اشتر لي) وثلاث في قوله: (اشتر) دون أن يقول: (لي).

فأما الثلاث الأول؛ فالأولى: أن يقول اشتر لي سلعة بعشرة نقداً وأنا أشتريها باثني عشر نقداً، وحكمها -كما تقدم-: إن كان النقد من عند الآمر أو المأمور بغير شرط فهي جائزة، وإن كان من عنده بشرط فهي إجارة فاسدة؛ لأنه أعطاه الجعل على أن يسلفه، فهي إجارة وسلف، وللمأمور الأقل من الدينارين أو جل مثله على مذهب ابن القاسم في السلف والبيع. وعلى قول ابن حبيب: إذا قبض السلف يكون له أجر مثله بالغاً ما بلغ. وقال ابن المسيب: لا أجر له. ابن رشد، وابن زرقون: وهو الأصح؛ لئلا يكون تتميماً للفاسد.

الصورة الثانية: أن يقول اشترها لي بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل. وهي الصورة التي ذكرها المصنف أولاً، فهي أيضاً غير جائزة؛ لأنه سلف بزيادة، وتلزم الآمر لأن الشراء كان له، وإنما أسلفه المأمور ثمنها ليأخذ أكثر منه إلى أجل، فيعطيه العشرة معجلة به ويسقط عنه ما أربى. واختلف فيما يكون له من الجعل على الأقوال الثلاثة.

الصورة الثالثة: أن يقول اشترها لي باثني عشر إلى أجل وأنا أشتريها بعشرة نقداً. فهي أيضا غير جائزة حرام؛ لأنه استأجر المأمور على أن يبتاع له السلعة بسلف عشرة دنانير يدفعها إليه فينتفع بها إلى الأجل ثم يردها إليه، فيلزم السلعة باثني عشر إلى أجل، ولا يتعجل المأمور منه العشرة النقد، فإن كان قد دفعها إليه وصرفها عنه ولم تترك عنده إلى الأجل، كان له جعل مثله بالغاً ما بلغ في هذا الوجه باتفاق.

وأما الثلاث الأخر، فهي كهذه إلا في إسقاط (لي):

الأولى: اشتر سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر نقداً، أو قال: أنا أربحك. فاختلف فيها قول مالك؛ فمرة أجازه إذا كانت البيعتان نقداً وانتقد، ومرة كرهه للمراوضة التي وقعت بينهما في السلعة قبل أن تصير في ملك المأمور.

والصورة الثانية: أن يقول اشتر سلعة كذا بعشرة نقداً وأنا أشتريها منك باثني عشر إلى أجل، فهذا لا يجوز. ابن حبيب: ويفسخ البيع الثاني إن لم تفت، فإن فاتت ردت إلى قيمتها معجلة يوم قبضها الآمر، كما يصنع بالبيع الحرام؛ لأنه باع ما ليس عنده.

وروى سحنون عن ابن القاسم عن مالك: إذا وقع مضى ويلزم الآمر الاثنا عشر إلى أجلها؛ لأن المأمور كان ضامناً لها، ولو شاء الآمر ألا يشتريها منه كان له ذلك، ويستحب للمأمور أن يتورع فلا يأخذ من الآمر إلا ما نقد.

الصورة الثالثة: أَنِ اشترها باثني عشر إلى أجل وأشتريها منك بعشرة نقداً. فروى سحنون عن ابن القاسم أنه مكروه، ويمضي إن فات ولا يكون على الآمر إلا العشرة. وظاهر هذه الرواية: أن البيع الثاني يفسخ ما لم تفت السلعة. وقال ابن حبيب: يفسخ البيع الثاني على كل حال، وإن فاتت ردت إلى قيمتها يوم القبض.

تنبيه: ما تقدم من تقسيم المسألة لثلاثة أوجه قاله غير واحد، وزاد عياض وجهاً رابعاً مختلفاً فيه، وهو: ما اشتري ليباع بثمن بعضه معجل وبعضه مؤجل. وظاهر مسائل الكتاب والأمهات جوازه، وفي العتبية كراهته لأهل العينة.

الْخِيَارُ تَرَوٍّ ونَقِيصَةٌ، فَالتَّرَوِّي بِالشَّرْطِ لا بِالْمَجْلِسِ كَالْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ. ابْنُ حَبِيبٍ: وبِالْمَجْلِسِ لِحَدِيثِ الْمُوَطَّأ ....

وسمي التروي من الرأي؛ لأنه يرى فيه رأيه وينظر هل هي غالية أو رخيصة؟ وهل فيها عيب أو لا ؟ وخيار النقيصة ما كان من جهة المبيع.

وجعل الخيار قسمين؛ لأن موجبه إما من جهة العاقد أو المعقود عليه. أو يقال: إما أن يكون موجبه مصاحباً للعقد أو متقدماً. والأول فيهما هو التروي، والثاني فيهما هو النقيصة.

وخيار التروي مستثنى من بيع الغرر للتردد في العقد، لكن أجازه الشرع ليدخل من له الخيار على بصيرة من الثمن والمثمون، ولهذا قال الشافعي -رضي الله عنه-: لولا الخبر عن رسول الله ما جاز الخيار أصلاً لا في ثلاث ولا في غيرها.

وفرع الخيار فرع على البيع اللازم؛ لأن الغالب هو اللازم، ولأنه إنما يكون بالشرط.

وقوله: (**فَالتَّرَوِّي بِالشَّرْطِ لا بِالْمَجْلِسِ**) تنبيه على خلاف الشافعي في قوله بخيار المجلس ما لم يتفرقا. وحكى ابن شاس والمصنف وغيرهما أنه قال: كقولنا الفقهاء السبعة. وذكر المازري، وصاحب الإكمال أن سعيد بن المسيب لا يقول بخيار المجلس، وهو من الفقهاء السبعة بلا خلاف. وعلى هذا، ففي قوله: (**كَالْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ**) نظر. وكأن المصنف -والله أعلم- أضاف الحديث للموطأ لينبه على أنه لا ينبغي أن يقال هنا أن مالكاً لم يعلم الحديث، بل علمه ورواه، ونبه على أنه إنما ترك ذلك لما هو راجح عنده، فقد قال -رحمه الله- في الموطأ بعقبه: وليس لهذا حد معروف ولا أمر معمول به فيه.

ابن العربي: يريد أن تفرقتهما ليس لها وقت معلوم. وقال: وهذه جهالة يقف البيع عليها، فيكون [٤٦٦/ ب] كبيع الملامسة والمنابذة، أو كبيع على خيار إلى أجل مجهول، وما كان كذلك فهو فاسد.

وإلى هذا التأويل - أعني: أنه قصد أن الحديث مخالف لعمل أهل المدينة- ذهبت المغاربة وبعض البغداديين. وذهب ابن القصار وحذاق أئمتنا البغداديين أن كلام الإمام راجع إلى آخر الحديث: (إلا بيع الخيار) أي: ليس لبيع الخيار حد معروف، بل بحسب ما تختبر فيه السلعة، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي أنه ثلاثة أيام في كل شيء. وقد أكثر أهل المذهب والحنفية من الأجوبة عن هذا الحديث، وقد أتى بأكثرها المازري في شرح التلقين، وابن دقيق العيد في شرح العمدة.

وحَدُّهُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ السِّلَعِ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، فَفِيهَا: فِي الدَّارِ الشَّهْرُ ونَحْوُهُ، وقِيلَ: الشَّهْرَانِ ....

تصوره واضح. وطول زمن الخيار في الدار؛ لأنه يحتاج إلى النظر في حيطانها وأساسها ومرافقها، واختبار جيرانها ومكانها مع كونها مأمونة لا يسرع إليها التغيير.

وفي قوله: (**بِقَدْرِ الْحَاجَةِ**) إشارة إلى أنه يضرب من الأجل أقل ما يمكن تقليلاً للغرر المذكور.

وما نسبه المصنف للمدونة، المتيطي: هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه. والقول بالشهرين في الموازية، وقاله ابن حبيب في الواضحة. ونقل عن ابن القاسم، وقال: الأرضون كلها كذلك.

ابن يونس، وابن رشد: والربع مساو للدار، وجعلا ما في الموازية والواضحة من الشهرين تفسيراً للمدونة لا خلافاً كما فعل المصنف.

ابن عبدالسلام: وينبغي أن يفترق حكم الدار من الأرض؛ لأن الحاجة إلى اختيار الدور أكثر.

وفي الإكمال عن الداودي أن المدة في الدار الشهران والثلاثة. وحكى الخطابي عن مالك في الضيعة السنة.

فرع:

ولا يجوز على مذهب ابن القاسم أن يشترط في الخيار سكنى الدار مدة الخيار؛ لأن اختبار ذلك مما يعرف بالنظر إليها. وقال غير واحد من شيوخ المذهب: يجوز ذلك في الدار؛ لأنه بذلك يختبر جيرانها ويعرف الصالح من الطالح. قال القابسي، واللخمي: إن كان المشتري من أهل المحلة فلا يمكن من سكناها؛ لأنه عالم بالجيران، وإن لم يكن من المحلة جاز.

وَفِيهَا: فِي الرَّقِيقِ الْجُمُعَةُ وَنَحْوُهَا، وَقِيلَ: شَهْرٌ لِكِتْمَانِهِ عُيُوبَهُ

نقل المدونة على المعنى تبعاً لابن شاس؛ لأنها إنما فيها الجارية لكن لا فرق فيها، والجارية مثل الخمسة الأيام والجمعة وشبه ذلك لاختبار حالها.

ابن المواز: وأجاز ابن القاسم الخيار في العبد إلى عشرة أيام.

محمد: وإن وقع في العبد أو الأمة إلى عشرة أيام لم أفسخه، وأفسخه في الشهر. والقول بالشهر رواه ابن وهب عن مالك.

ابن المواز: وأباه ابن القاسم وأشهب.

وقوله: (**لِكِتْمَانِهِ عُيُوبَهُ**) يحتمل أن يكون تعليلاً لرواية ابن وهب، ويحتمل أن يكون تعليلاً لطول المدة في الرقيق بالنسبة إلى ما يذكره في الدواب والثياب.

فإن قيل: التعليل بكتم العيوب ليس موجوداً في الصغير. **قيل**: التعليل بالمظنة وهو كونه رقيقاً؛ لأن الوقت الذي يكتم فيه عيوبه لا ينضبط كالمشقة في السفر.

وَفِيهَا: تُرْكَبُ الدَّابَّةُ الْيَوْمَ وَشِبْهَهُ، وَلا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَرِيدَيْنِ، هَذَا فِي الرُّكُوبِ، وَإِلا فَتَجُوزُ الثَّلاثَةُ ....

أي: أمد الخيار في الدابة يختلف باختلاف ما يريده المشتري، فإن أراد اختبار حالها بالركوب، فنص ابن القاسم في المدونة على جواز اشتراط اليوم وشبهه والبريد.

الباجي: يحتمل أن يريد ركوب اليوم في المدينة على حسب ما يركب الناس في تصرفاتهم، والبريد والبريدان لمن خرج من المدينة يختبر سيرها، ونحوه للخمي قال: إن كان قصده معرفة حسن سيرها فاليوم وبعض اليوم يجزئ من ذلك حسن، وإن أراد سفراً ليختبر سيرها وصلابتها فالبريدان في ذلك حسن.

قوله: **(ولا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْبَرِيدَيْنِ)** هذا الكلام لأشهب في المدونة. واختلف الشيوخ في قول ابن القاسم: البريد. وقول أشهب: البريدين. فحمله بعضهم على البريد في الذهاب والرجوع، وكذلك البريدان.

وقال أبو عمران: البريد للذهاب خاصة وللرجوع مثله، وكذلك البريدان للذهاب وللرجوع مثلهما. وعلى هذا يصح اشتراط سيرها يومين؛ إذ ليس كل دابة تمشي أربعة برد من يومها، وإنما تقطع ذلك الدابة القوية. وعلى هذين التأولين فابن القاسم، وأشهب مختلفان.

عياض: وقد يحتمل موافقة القولين بريد في الذهاب على قول ابن القاسم، وبريدان أحدهما في الذهاب والآخر في الرجوع على قول أشهب.

وإذا تقرر هذا فاعلم أن نقل المصنف لهذه المسألة ليس كما ينبغي، إذ لم يبين أن الكلام الأول لابن القاسم، ولا أن الثاني لأشهب، ولا هل هو خلاف أو وفاق، ولكن ظاهر كلامه الموافقة؛ لكونه ساقهما مساقاً واحداً.

واختلف: هل للمشتري أن يركب الدابة بمقتضى عقد الخيار ليختبر سيرها وحملها من غير أن يشترط ذلك وهو مذهب أبي عمران، أو ليس له ذلك حتى يشترط وهو مذهب أبي بكر بن عبد الرحمن؟ عياض: وقول أبي بكر هو الصحيح.

قوله: **(وإِلا فَتَجُوزُ الثَّلاثَةُ)** أي: وإن لم يقصد الركوب بل كان القصد تقليبها واختبار حالها، جاز أن يوسع في المدة، نص على ذلك ابن حبيب.

وفِي الثَّوْبِ الثَّلاثَةُ ولا يَشْتَرِطُ لِبَاسَهُ، بِخِلافِ اسْتِخْدَامِ الرَّقِيقِ

جعلوا الزمان في الثوب كالدابة، وإن كانت الدابة تفتقر في العرف [٤٦٧/أ] إلى زمان أطول من زمان الثوب؛ لأنه لا يحتاج فيه إلا إلى قياسه ومعرفة الثمن خاصة.

الباجي: لأنه لا يسرع إليه التغير ولا يشترط لباسه. قال في المدونة: لأنه لا يختبر باللباس كما تختبر الدابة بالركوب والعبد بالاستخدام؛ لأنه إنما يحتاج إلى قياسه ليعرف طوله وعرضه.

فرع:

فإن شرط لباسه، فقالوا: يفسد العقد. فإذا فسخ، لزمه الكراء لأجل اللبس.

ابن يونس: بلا خلاف. ولم يجعلوه كسائر البيوع الفاسدة إذا فسخت، فإنه لا يلزم المشتري رد الغلة. وذكر ابن يونس عن بعض الأصحاب أنه اختلف إذا فسد البيع باشتراط النقد، هل ضمانها من البائع، أو من المبتاع ؟

ابن يونس: فعلى أن الضمان من المبتاع لا يكون عليه شيء في اللبس كسائر البيوع الفاسدة. وتأمل كلام ابن يونس، فإن حكايته الخلاف ثانياً يخالف ما حكاه أولاً من الاتفاق، وقاله أبو الحسن.

ولا يُغَابُ عَلَى مَا لا يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ؛ لأَنَّهُ يَصِيرُ تَارَةً بَيْعاً، وتَارَةً سَلَفاً

يعني: أنه يجوز شراء ما لا يعرف بعينه على الخيار كالمكيل والموزون، فإذا اشتري على الخيار لم يجز على شرط غيبة المشتري عليه؛ لأنه إن مضى البيع فيه كان بيعاً، وإن لم يمض وجب رده، وقد يكون تصرف فيه ويرد مثله فيكون ذلك سلفاً.

ولم يذكر المصنف مدة الخيار كما في المدونة، قال: ومن اشترى شيئاً من رطب الفواكه والخضر على أنه بالخيار، فإن كان الناس يشاورون في هذه الأشياء غيرهم ويحتاجون فيها إلى رأيهم فلهم من الخيار في ذلك بقدر الحاجة مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد.

وأطلق المصنف في قوله: (**ولا يُغَابُ**) ومراده: الغيبة بالشرط، وإلا فلو تطوع البائع بإعطاء السلعة للمشتري جاز لأن التعليل يرشد إليه؛ لأنه إنما يكون تارة بيعاً وتارة سلفاً

مع الاشتراط كما في الثمن. فإن قيل: هل يصدق قوله:(ولا يغاب) على البائع كالمشتري. قيل: ظاهره كذلك.

وقد نص في الموازية على امتناع غيبة البائع أيضاً على ما لا يعرف بعينه. قال: ويخرج عنهما جميعاً.

والتعليل المذكور حاصل، ويقدر كأن المشتري التزمه وأسلفه، فيكون بيعاً إن لم يرده وسلفاً إن رده. وأجاز بعض الشيوخ أن يبقى عنده، قال: لأنه عين شيئه.

فرع:

ولا يجوز في شيء من السلع أن تكون مدة الخيار فيه مجهولة، فإن عقدا على ذلك، كقولهما: إلى قدوم زيد ولا أمارة عندهم على قدومه، أو إلى أن يولد لفلان ولد ولا حمل عنده، أو إلى أن ينفق سوق السلعة ولا سلعة، أو يغلب على الظن عرفاً أنها تنفق فيه. إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة فالبيع فاسد.

لكن إن وقع العقد على أنه بالخيار ولم يعين مدة معلومة ولا مجهولة، فالعقد صحيح، ويحمل على خيار مثل السلعة كما تقدم، ولو زاد في مدة الخيار على ما هو أمد خيارها فسد البيع.

وَالنَّقْدُ بِغَيْرِ شَرْطٍ جَائِزٌ، وَفِي فَسَادِ الْبَيْعِ بِاشْتِرَاطِهِ قَوْلانِ

قد تقدم نظائر هذه المسألة، والمعروف مع الاشتراط الفساد.

ابن محرز: ومن المذاكرين من يذهب في هذه المسألة مذهب البيع والسلف، ويقول: إذا أسقط البائع الشرط كان البيع جائزاً. وذكر في المقدمات أن هذا القول هكذا في كتاب سحنون.

وَلَوْ طَلَبَ وَقْفَهُ كَالْغَائِبِ وَالْمُوَاضَعَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ فِيهِمَا لَمْ يَلْزَمْ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَنْبَرِمْ

يعني: لو طلب البائع وقف الثمن؛ أي: إخراجه من يد المشتري ووضعه على يد أمين حتى يتبين مآل أمر البيع، هل يتم فيأخذه البائع أو لا فيرجع إلى يد المشتري؟

والمشهور راجع إلى الغائب والمواضعة لا إلى الخيار؛ لأن بعضهم حكى في بيع الخيار الاتفاق. وفرق بينه وبين الأمة المتواضعة وبيع الغائب بما ذكره المصنف، وهو أن البيع فيها قد انبرم وبيع الخيار لم ينبرم.

وحكى **ابن عبد السلام** عن بعض الشيوخ: أنه جعل الاتفاق من حق البائع، وقاسه على الغائب والمواضعة.

وَلَوْ زَادَ عَلَى مُدَّةِ الْخِيَارِ انْفَسَخَ وَإِنْ أَسْقَطَهُ مُشْتَرِطُهُ

تصوره واضح، وقد تقدم.

وَلَوْ أَسْقَطَ شَرْطَ النَّقْدِ لَمْ يَصِحَّ، بِخِلافِ مُسْقِطِ السَّلَفِ، وَقِيلَ: مِثْلُهُ

هكذا ثبت في نسخة صحيحة، وهو كالتكرار مع قوله: وفي فساد البيع باشتراطه قولان. لكن ذكره لفوائد ليبين أن الفساد حاصل على القول به، ولو أسقط الشرط وإن عدم الفساد على القول به إنما هو مع إسقاط الشرط، ويشير إلى طلب الفرق بين هذه المسألة على المشهور، ومسألة البيع والسلف. والفرق على المشهور بينه وبين مسقط السلف: أن الفساد في اشتراط النقد واقع في الماهية؛ لأنه غرر في الثمن، إذ المقبوض لا يدرى هل هو ثمن أم لا ؟ ومسألة شرط السلف الفساد خارج عن الماهية.

وَإِذَا اشْتَرَى أَوْ بَاعَ عَلَى مَشُورَةِ فُلانٍ، فَلَهُ الاسْتِبْدَادُ وَإِنْ لَمْ يُشَاوِرْ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ بَائِعاً ....

يعني: أن من اشترى سلعة أو باعها على أن يشاور غيره، ثم أراد أن يبرم البيع أو الشراء دون مشورة، فإن كان بائعاً فله ذلك اتفاقاً، وكذلك له الاستبداد إن كان مشترياً على المشهور، على ما حكاه المصنف، إذ لا يلزم من الاستشارة الموافقة. ومن حجته أن يقول: هب أني اشتريته فلا مانع لي من مخالفته.

والتحقيق عندهم: التسوية بين البائع والمشتري في المشورة والرضا والخيار.

وحكى [٤٦٧/ ب] عياض وابن رشد أنه لا خلاف منصوص أن لمشترط المشورة تركها، قالا: إلا ما تأول التونسي على الموازية أن المشورة كالخيار.

ونقل ابن أبي زيد أن ابن مزين حكى عن ابن نافع: أنه يرى لفظ المشاورة كلفظ الخيار والرضا.

المازري: وتعقب عليه هذا النقل بأن الذي ذكره ابن مزين عن ابن نافع، أنه إن باع على مشورة فلان على أن فلاناً إن أمضى البيع مضى بينهما. وهذا اللفظ يقتضي وقف البيع على اختيار فلان، بخلاف ما إذا كانت المشورة مطلقة، ونحوه للخمي.

وهكذا أيضاً رد صاحب المقدمات ما تأوله التونسي على الموازية، وقال: الذي في الموازية إنما هو في مشورة مقيدة. وكذلك قال عياض: إن ما تأوله التونسي غير صحيح.

ولم أر القول الذي ذكره المصنف بالتفرقة بين البائع والمشتري، ولعله لاحظ أن البائع أقوى يداً لتقدم ملكه. وفهم من كلام المصنف جواز الشراء على مشاورة فلان، وما في معناه وهو المشهور.

وروى أصبغ عن ابن القاسم منعه، كمذهب أحمد بن حنبل. ورواه أيضاً سحنون عنه ثم رجع إلى الجواز، ولعله مبني على أنه رخصة فلا يتعدى المتعاقدين.

فَإِنْ كَانَ عَلَى رِضَاهُ، فَقِيلَ: مِثْلُهَا، وقِيلَ: لا يَسْتَبِدُّ

أي: فإن اشترى أو باع على رضا فلان. وقوله: (**مِثْلُهَا**) أي: في الخلاف. ويحتمل في القول الأول وهو الاستبداد. ويرجح هذا بوجهين؛ **أولهما**: أن **ابن عبد السلام** قال في الزكاة أن المصنف إذا شبه مسألة بأخرى وكان قدم في المشبه بها مشهوراً أو راجحاً، فإنه يشبه فيه فقط. **وثانيهما**: أن ما يذكره المصنف بعد هذا في الخيار ينفي أن يكون مراده بالتشبيه التشبيهَ في جميع ما تقدم، كما ستقف عليه.

والقول بأنه يستبد في الرضا، سواء كان بائعاً، أو مشترياً نقله عبد الوهاب عن ابن القاسم، ونقل عنه قولاً آخر أن للبائع أن يخالف خيار من اشترط خياره أو رضاه دون المشتري.

ابن يونس: فلم يختلف قوله أن البائع له أن يخالف، وإنما اختلف في المشتري.

قوله: (**وقِيلَ: لا يَسْتَبِدُّ**) ظاهره: كان بائعاً أو مشترياً، وهذا القول هكذا تأول على المدونة. وعلى هذا فيتحصل في كل من الرضا والخيار ثلاثة أقوال، ثالثها: يستبد البائع دون المشتري. والفرق ظاهر المدونة؛ لأن فيها: إذا اشترى على رضا فلان أو خياره، فليس للمبتاع رد ولا إجازة دون خيار من اشترط رضاه. وقال في البائع: إذا اشترط رضا فلان فرضي فلان أو رضي البائع، فالبيع جائز.

ابن راشد: وحمل ابن أبي زيد وغيره المدونة على هذا الظاهر؛ لقوة يد البائع وتقدم ملكه.

عياض: وذهب جماعة في تأويل المدونة إلى التسوية بينهما، وأنه ليس لواحد منهما خلاف، ورأوا أنه لما نص فيها على أن المشتري ليس له المخالفة يرد كلامه في البائع إلى ذلك، ويكون معنى قوله: أو رضا البائع. أي: مع رضا الآخر. وذهب آخرون إلى التسوية بينهما

أيضا، لكنهم يجعلون من له الرضا كالوكيل لهما، وأن لمشترط رضاه الرضا دونه، لكنهم يقولون: إن سبق من جعل له الرضا بالرضا أو الرد مضى فعله ولم يرد، كالوكيل مع موكله، اشترطا ذلك معاً أو أحدهما، ونحوه في الموازية وهو اختيار ابن محرز، وأشار إليه أبو إسحاق في البائع. ويلزمه ذلك في المبتاع، واستدلوا بقوله في المدونة: فإن رضي البائع أو رضي المبتاع، فهو جائز، وفيه نظر.

وقال آخرون: هو حق لهما جميعاً؛ حق للبائع إن أراد إمضاء البيع وأراد فلان الرد، وحق للمبتاع إن أراد فلان إمضاء البيع وأراد البائع الرد. ومثله إذا كان مشترطاً ذلك لفلان المبتاع وأراد الآخر الرد، فله ذلك وإن رد فلان، وكذلك إن أراد فلان الإجازة وأراد المبتاع الرد كان للبائع إلزامه البيع.

ففي اشتراط المبتاع على هذا يلزم البائع رضا المبتاع، ويلزم المبتاع رضا فلان. وفي اشتراط البائع يلزم المبتاع رضا البائع، ويلزم البائع رضا فلان.

وتأول آخرون كلامه في المسألتين في الموضعين على اختلاف من قوله، لا أنهما اختلاف مسألتين. فعلى ظاهر قوله في البائع أولاً: له مخالفته. يلزم مثله في المبتاع، وعلى قوله في المبتاع آخراً: ألا يخالفه. التفريق بين اشتراط البائع والمبتاع. وهذان القولان هما اللذان حكى عبد الوهاب.

ومنهم من تأول جوابه في المسألة أولاً أن البائع اشترط ذلك لنفسه خاصة، وجوابه آخراً في المشتري أن الشرط لهما جميعاً. ونحوه لأبي محمد بن أبي زيد وغيره من القرويين. وهذا الأصل عند الحذاق، وهو نص ما في الواضحة، واختيار ابن لبابة.

ومنهم من قال: إن (أو) في قوله:(فإن رضي البائع، أو رضي فلان البيع) بمعنى الواو. ومنهم من تأولها على الفرق بين الرضا والخيار، فإن اشترط رضا فلان فله أن يخالفه، وإن اشترط خياره فليس له أن يخالفه.

فَإِنْ كَانَ عَلَى خِيَارِهِ، فَقِيلَ: مِثْلُ رِضَاهُ، وقِيلَ: لا يَسْتَبِدُّ، وقِيلَ: الْجَمِيعُ سَوَاءٌ

هذا مما يبين لك أنه لم يرد بالتشبيه التشبيهَ في جميع ما تقدم؛ لأنه لو أراد ذلك لاستغنى عن قوله: (**وقِيلَ: لا يَسْتَبِدُّ**) وعلى هذا يكون المصنف إنما شبه الرضا بالمشورة في القول الأول وهو الاستبداد؛ لأنه أصل المذهب.

ثم حكى قولاً ثانياً في الرضا بنفي الاستبداد، ثم شبه الخيار بالرضا في القول الأول وهو الاستبداد، ثم حكى قولاً ثانياً وهو نفي الاستبداد، ثم قال: وقيل: الجميع سواء. فيستفاد منه قول ثالث في المشورة بنفي الاستبداد، ويستفاد فيها قول ثالث بالفرق بين [٤٦٨/ أ] البائع والمشتري. هذا أنسب ما قيل، وفيه نظر؛ لأنه كان يمكنه أن يجمع الرضا والخيار والمشورة، ويذكر في الجميع ثلاثة أقوال. ونقل عن أبي علي ناصر الدين أنه كان يعتذر عنه بأن ما ذكره طرق لا أقوال، وفيه نظر؛ لأنهم لم يذكروها طرقاً، ولا إشكال في وجود الثلاثة الأقوال في الخيار والرضا.

وأما المشورة: فقد ذكرنا أن ابن رشد وغيره حكى الاتفاق، وذكرنا أنا لم نطلع على القول الذي ذكره المصنف بالتفرقة فيها. نعم يتحصل فيها ثلاثة أقوال على ما نقله المصنف من التفرقة، وعلى ما نقله ابن أبي زيد عن ابن نافع، لكن قد قدمنا عليه الاعتراض في ذلك.

ابن عبد السلام: والصواب التسوية بين البائع والمشتري، والصواب التفرقة بين شرط المشورة والرضا، وأن الخيار كالرضا.

وفِيهَا: الْخِيَارُ بَعْدَ الْبَتِّ لأَحَدِهِمَا لازِمٌ، وقِيد إِنْ كَان نَقْداً، وإِلا أَدَّى إِلَى خِيَارِ بَيْعِ الدَّيْنِ، وفِي ضَمَانِهِ حِينَئِذٍ قَوْلانِ ....

قال فيها: ومن اشترى سلعة من رجل ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع، فذلك يلزمهما إذا كان يجوز في مثله الخيار. وهو بيع مؤتنف بمنزلة بيع المشتري لها

من غير البائع. وقيدها أكثر الشيوخ بشرط أن يكون انتقد الثمن في سلعة وإلا لم يجز ذلك؛ لأن البائع حينئذ يكون أخذ عن دين وجب له سلعة بخيار وذلك لا يجوز، وإليه أشار بقوله: (**وَقِيدَ إِنْ كان نَقْداً، وإِلا أَدَّى إِلَى خِيَارِ بَيْعِ الدَّيْنِ**) أي: بيع الدين بخيار.

وأبقى اللخمي المدونة على ظاهرها من الجواز مطلقاً. فعلى هذا يكون هذا التقييد مخالفاً للمدونة.

ولهذا يقع في بعض النسخ: (وقيل) باللام على هذه الطريقة. والنسخة الأولى أحسن؛ لأنها على طريق الأكثر.

ووجه ما ذهب إليه اللخمي: أن القصد بهذا التخيير إنما هو تطييب نفس من جعل له، وليس المقصود منه حقيقة البيع حتى يلزم عليه هذا المانع المذكور؛ ولأن البيعة الأولى قد تمت، فإذا جعل المشتري لبائعها الخيار، فقد صار المشتري كبائع سلعة على الخيار، وكأنها شيء ثان لا تعلق له بالأول.

وقوله: (**وَفِي ضَمَانِهِ حِينَئِذٍ قَوْلانِ**) أي: أنه اختلف في ضمان المبيع على خيار بعد بيعه على البت، ففي المدونة: هو من المشتري لأنه صار بائعاً.

ابن يونس، والمازري وغيرهما: وظاهرها سواء جعل البائع الخيار للمشتري أو العكس. قالا: وروي عن المخزومي أنه قال: إن جعله البائع للمشتري فالضمان منه؛ لأنه خيار ألحقه بعقده فكأنه فيه، وإن جعله المشتري للبائع، فالضمان منه لأنه صار بائعاً.

وعلى هذا، فإن جعله المشتري فالضمان منه اتفاقاً، وإن جعله البائع فقولان، بناء على أن اللاحقات بالعقود هل تقدر واقعة فيها أم لا ؟ فقد أطلق المصنف في محل التقييد.

والْمِلْكُ لِلْبَائِعِ، فَالإِمْضَاءُ نَقْلٌ لا تَقْرِيرٌ، وقِيلَ: لِلْمُشْتَرِي بالْعَكْسِ

يعني: أن المشهور أن بيع الخيار منحل والسلعة على ملك البائع، فإذا أمضى البيع كان ذلك نقلاً للسلعة إلى ملك المشتري. والشاذ: أنه منبرم، فالإمضاء تقرير لما انبرم أولاً.

وَالْغَلَّةُ لِلْبَائِعِ، إِذِ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ

أي: ما يحدث في أيام الخيار من غلة، كلبن، وبيض، وثمرة ونحو ذلك، فهو للبائع؛ لما رواه الترمذي وصححه: **أنه عليه الصلاة والسلام قال:** «**الخراج بالضمان**». والضمان من البائع اتفاقاً، ولا يقال: الاتفاق على الضمان يرد قول من قال: إن الملك قد انتقل؛ لأن الملك لم ينتقل للمشتري انتقالاً تاماً، فيبقى الضمان مستصحباً من البائع. قاله المازري. وهذا الحكم عام في أنواع الغلة، إلا في الصوف فإنه للمشتري؛ لكونه كان موجوداً يوم البيع، نص عليه اللخمي، وهو ظاهر. وقد أشار المصنف إليه بقوله:

وَلَوْ وَلَدَتِ الأَمَةُ فَأَمْضَى، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتْبَعُهَا كَالصُّوفِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: كَالْغَلَّةِ فَيَنْفَسِخُ. وَقِيلَ: أَوْ يُجْمَعَانِ فِي مِلْكٍ. وَقِيلَ: أَوْ فِي حَوْزٍ

يعني: لو باع أمة على خيار فولدت في أيام الخيار وأمضى من له الخيار البيع، فقال ابن القاسم: الولد للمشتري كصوف الغنم. وهو مقتضى كلامه أن أشهب يوافق على الصوف، وإلا لما حصل لاستشهاده به كبير فائدة، وهو مقتضى كلامه في الجواهر.

وعلل ذلك بأن الصوف مشترى؛ لأنه إذا اشترى كبشاً وعليه صوف فكأنه اشتراهما. وقال أشهب: بل يكون للبائع كالغلة. فإن بنينا على قول ابن القاسم فلا تفريع، وإن بنينا على قول أشهب، فهل يفسخ أو يجبران على الجمع بينهما ؟ قولان، بناء على أن ما أوجبته الأحكام هل هو كالمدخول عليه أو لا. وعلى الثاني فهل يكفي الحوز وهو ظاهر كلام أشهب، أو لابد من الملك، قولان.

ابن محرز: والصحيح الملك. **ابن بشير:** هو الأصل.

وكان حق المصنف أن يؤخر القول بالفسخ ويقدم القولين بعد؛ لأنهما تأولا على أشهب، فهما من تمام قوله السابق. والقول بالفسخ لغيره، لكن ممن وافقه على أن الولد

للبائع وتعقب فضل بن سلمة، وابن أبي زمنين، هذه المسألة من حيث أن الأمة ولدت في أيام الخيار، وذلك يستلزم بيعها بقرب الولادة، وبيع الحامل المقرب لا يجوز.

وأجاب فضل: بأن البائع لم يخير المشتري بحملها، فلم يدخلا على الفساد. ورده المازري: بأن حمل المرأة لا يكاد يخفى قبل ولادتها بيومين أو ثلاثة. ورواه أيضاً ابن محرز وعياض: بأن المشهور أن علم أحد المتبايعين بالفساد يوجب فساد البيع.

[٤٦٨/ ب] وأجاب ابن محرز، والمازري: بأن المرض عند ابن القاسم وأشهب - وإن بلغ الخوف على صاحبه- لا يمنع من صحة بيع المريض، وإنما يمنع إذا بلغ السياق.

وحاصله: أن بيع الأمة المقرب صحيح، وقد تقدم أن الأصح صحته.

وأجاب عياض: بأنه يمكن أن يكون باعها في آخر الشهر السادس وولدت في أول السابع، وفيه نظر؛ لحمل المعنى على معنى نادر.

وعارض الباجي قول ابن القاسم هنا، بأنه قال فيمن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن، فلم يختر حتى وضعن، لم يكن له خيار في الأمهات، ويفسخ البيع للتفرقة. فجعل الولد للبائع هنا وفي الأولى للمشتري، وكلا العقدين مدخول فيه على خيار.

وأجيب: بأن مسألة المدونة وقع فيها العقد على معين، بخلاف الأخرى. وقيل في مسألة العشر الإماء: أنه لا يفسخ ويكون الولد للبائع، ويجمع بينهما في ملك أو يباعان.

وَمَا يُوهَبُ لِلْعَبْدِ لِلْبَائِعِ، وَقُيِّدَ فِي غَيْرِ الْمُسْتَثْنَى مَالُهُ

يعني: إذا وهب للعبد المبيع بالخيار مال في مدة الخيار فهو للبائع، قاله في المدونة. وقيده ابن الكاتب، وأبو بكر بن عبد الرحمن بأن يباع بغير ماله، وأما لو بيع بماله لتبعه هذا المال الموهوب كما تبعه ماله المشترط لأجل الشرط.

وَمَا يُعَدُّ رِضاً مِنَ الْمُشْتَرِي فَهُوَ رَدٌّ مِنَ الْبَائِعِ. قَالَ اللَّخْمِيُّ: قَدْ يُؤَجِّرُ الْبَائِعُ؛ لأَنَّ الْغَلاتَ لَهُ ولا يُعَدُّ رَدّاً ....

أخذ -رحمه الله- يتكلم على ما يدل على الرضا. ونقل ابن شاس هذا الضابط عن سحنون، قال: قال سحنون: وكل ما يعد من المشتري قبولاً فهو من البائع إذا كان له الخيار فسخ. فقوله: ما يعد من المشتري قبولاً. يريد: والخيار له.

اللخمي: ولا يجزئ ذلك مطلقاً؛ لأن الغلات للبائع، فإذا آجره أو أسلمه للصنعة، فإنما فعل ما هو له، فلا يكون ذلك رضاً، بخلاف المشتري فإن الإجارة في حقه دليل على الرضا.

ابن بشير: وهذا الذي قاله اللخمي يختلف الأمر فيه، فإن طول الإجارة أو مدة التعليم يظهر مع هذا أنه قصد الرد.

وقوله: (**وَمَا يُعَدُّ**) يريد من الفعل؛ لأن القول لا يقال فيه يعد لدلالته وضعاً، فلا يرد عليه قول المشتري أمضيت المبيع ونحوه، فهو رضاً منه بالشراء، وكذلك هو أيضاً رضاً من البائع.

وَيَكُونُ بِتَرْكٍ وفِعْلٍ، فَالتَّرْكُ الإِمْسَاكُ عَمَّا يَدُلُّ إِلَى انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ

(**يَكُونُ**) أي: الرضا، أو يعود على (ما) في قوله: (وما يعد) فإن قلت، قوله: (**وَيَكُونُ بِتَرْكٍ وفِعْلٍ**) يدل على أن الترك يدل على الرضا. وقوله بعد ذلك: (**فَالتَّرْكُ الإِمْسَاكُ عَمَّا يَدُلُّ**) يقتضي أن الترك لا يدل على الرضا، فيلزم أن يكون الترك دليلاً على الرضا وغير دليل عليه. قيل: متعلق بدل محذوف للدلالة عليه، تقديره: أي: الإمساك عما يدل من قول أو فعل. وتقييد الدلالة بالقول أو الفعل أخص من مطلق الدلالة، فلم ينفِ عن الترك الدلالة مطلقاً. وقد صرح بذلك ابن شاس، فقال: وأما الترك فمثل إمساكه عن القول أو الفعل الدالين على تعيين أحد الوجهين إلى أن تنقضي مدة الخيار.

وَهُوَ اخْتِيَارٌ لَهَا مِمَّنْ هِيَ فِي يَدِهِ، وَإِلا فَالْعَكْسُ

يعني: أن إمساك السلعة إلى انقضاء المدة اختيارٌ لها بالرد إن كانت بيد البائع، والخيار له وإمساكها إلى انقضاء المدة اختيار لأخذ السلعة إن كانت بيد المشتري والخيار له، وإلا فالعكس. أي: وإن لم تكن في يد من له الخيار وأمسك من له الخيار عما يدل إلى انقضاء المدة، فإذا كان الخيار للبائع والسلعة في يد المشتري وأمسك عما يدل على الصفة المذكورة، كان ذلك اختياراً لعوض السلعة فهو إمضاء، وإذا أمسك المشتري عما يدل على الصفة المذكورة والخيار له والسلعة في يد البائع فهو اختيار للثمن ورد للسلعة.

فَلِذَلِكَ كَانَ اخْتِيَاراً مِنْهُمَا لِمَنْ هِيَ فِي يَدِهِ

أي: فلما قلناه من أن إمساك السلعة اختيار لها ممن هي بيده وبالعكس، كان الإمساك اختياراً من كل واحد من المتبايعين إذا كان الخيار لهما لمن هي في يده. أي: فلأجل الطرد والعكس كان سكوتهما معاً يرد البيع. وإن كانت بيد المشتري فهو اختيار منهما.

والفرق بين هذا وبين ما تقدم؛ أن الأول أفاد الحكم إذا كان الخيار لأحدهما، والثاني أفاد الحكم إذا كان الخيار لهما.

وَفِي قُرْبِهِ بِرَدِّهِ قَوْلانِ

أي: وفي رد المبيع بخيار بقرب انقضاء المدة، وعدم رده. والأول في المدونة، ففيها: وإن كان بعد غروب الشمس من آخر أيام الخيار، أو كالغد أو قرب ذلك فذلك له، واحتج بالتلوم للمكاتب. والقول بأنه ليس له ذلك بالقرب لأشهب وابن الماجشون، قالا: بغروب الشمس من آخر أيام الخيار ينقطع الخيار؛ لأن المؤمنين عند شروطهم.

وعلى المشهور، فإن شرط في بيع الخيار إن لم يأت بالسلعة قبل مغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع، ففي المدونة لم يجز هذا البيع، أرأيت إن مرض المبتاع أو حبسه

سلطان. لكن عورض ذلك بقوله في المدونة في غير موضع: إذا اشترط البائع على المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا بيع بيننا، أن العقد صحيح والشرط باطل.

فعارض الأشياخ إحدى هاتين المسألتين بالأخرى، وخرجوا من الثانية الخلاف في الأولى، وإن كان بعضهم فرق بينهما بفرق فليس بالقوي. والقول الثاني عند **ابن عبد السلام** أظهر، وهو الذي اقتضاه الشرط، وسببهما ما قرب من الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟

والْفِعْلُ: مِثْلُ الْعِتْقِ، والْكِتَابَةِ، والاسْتِيلاءِ، وتَزْوِيجِ الأَمَةِ، والْوَطْءِ، وقَصْدِ التَّلَذُّذِ

[٤٦٩/أ] لما فرغ من بيان الترك شرع في الفعل، ولا خفاء في دلالة العتق، والكتابة، وتزويج الأمة، والوطء على اختيار من له الخيار من المتبايعين. وفي معنى الكتابة؛ التدبير، والاستيلاء، والعتق إلى أجل.

وقوله: (**وقَصْدِ التَّلَذُّذِ**) أي: إذا أقر بذلك، ففيها: وإن كان الخيار للمبتاع فجردها في أيام الخيار ونظر إليها، فليس ذلك رضا إلا أن يقر أنه فعل ذلك قصد التلذذ. قال: ونظر المبتاع إلى فرج المرأة رضا؛ لأن الفرج لا يجرد في الشراء ولا ينظر إليه إلا النساء، أو من يحل له الفرج.

وكَذَلِكَ رَهْنُ الْمَبِيعِ وإِجَارَتُهُ وإِسْلامُهُ لِلصَّنْعَةِ، وتَزْوِيجُ الْعَبْدِ، والسَّوْمُ بِالسِّلْعَةِ، خِلافاً لأَشْهَبَ فِي أَنَّهُ يَحْلِفُ مَا كَانَ ذَلِكَ رِضاً

الأفعال ثلاثة أقسام؛ **الأول**: متفق على أنه يعد رضاً، وهو ما تقدم. **والثاني**: لا يعد رضاً باتفاق، كاختيار العمل. **والثالث**: مختلف فيه، وهو الذي ذكره المصنف هنا.

أي: المشهور أن هذه الخمسة دالة على الرضا بإمضاء البيع إن كانت من المشتري، أو رده إن كانت من البائع، ولا يقبل قوله أنه لم يرد بذلك رضاً، قاله في المدونة.

وخالف أشهب فرأى أن ذلك لا يدل على الرضا بعد يمينه، لكن ذكر في المدونة يمينه على ثلاثة منها فقط، قال فيها: ولم ير أشهب الإجارة، وتزويج العبد، والرهن، والسوم، والجناية، وإسلام العبد للصنعة، وتزويجه العبد رضاً بعد أن يحلف في الرهن، والإجارة، وتزويج العبد. لكن في الموازية عنه النص على اليمين في الجميع. ولا يخفى عليك الفرق بين تزويج الأمة والعبد على قوله، وقول أشهب ظاهر في السوم والإجارة والإسلام للصنعة إن كانت مدة ذلك تنقضي في مدة الخيار، وبعيد في الرهن والتزويج.

وَأَمَّا بَيْعُ الْمُشْتَرِي، فَقِيلَ: الرِّبْحُ لِلْبَائِعِ. وَقِيلَ: يُخَيَّرُ فِيهِ وَفِي نَقْضِهِ. وَقِيلَ: يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ بَائِعٌ بَعْدَ أَنِ اخْتَارَ ....

أطلق الأفعال المتقدمة ولم يضفها لبائع ولا لمشترٍ؛ إشارةً إلى أن الحكم متحد فيه. وقيد مسألة البيع بالمشتري؛ لأن هذه الأقوال لا تتصور إلا فيه. ومعناه: أن المشتري لو باع والخيار له قبل أن يخير البائع باختياره أو يشهد على اختياره، فاختلف فيه على ثلاثة أقوال؛ **أحدها**: أن الربح للبائع، نقله اللخمي عن ابن المواز. **ثانيها**: رواية ابن زياد في المدونة أن بيعه ليس باختيار ورب السلعة بالخيار، إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن، وإن شاء نقض البيع. وطرح سحنون التخيير من هذا القول، وصوب ابن يونس طرح سحنون، قال: لأنه إنما يتهم أن يكون باع قبل أن يختار، فيقول له البائع: قد بعت ما في ضماني فالربح لي. وليس له نقض البيع؛ لأن بيع المبتاع لا يسقط خياره، فلو نقض البيع لكان له أخذ السلعة بمقتضى الخيار. وهذا التضعيف هو الذي أراده بقوله: وضعف. وإنما يتم هذا التضعيف إذا كانت أيام الخيار لم تنقضِ، وأما إن انقضت فالمشتري لا يمكنه أخذ السلعة بعد النقض.

ثالثها: حكاه ابن حبيب عن مالك وأصحابه، وهو لابن القاسم في بعض روايات المدونة. وفي الموازية أنه يصدق مع يمينه إن كذبه صاحبه. وظاهر كلام المصنف -وهو

ظاهر الرواية- أنها يمين تهمة تتوجه على البائع وإن لم يحققها. وقال في النوادر: يريد بعلم يدعيه، ونحوه لابن يونس.

وكان الشيخ -رحمه الله- رأى أن قوله في الرواية: إن كذبه صاحبه يناسب أنها دعوى محققة. زاد في هذا القول: وإن قال بعت قبل أن أختار فالربح لربه؛ لأنه في ضمانه. وصوبه اللخمي؛ لأن الغالب فيمن وجد ربحاً أنه لا يدفعه لغيره.

وَلا يُقْبَلُ أَنَّهُ رَدَّ أَوِ اخْتِيَارٌ لَفْظاً إِلا بِبَيِّنَةٍ

أي: فإن ادعى من له الخيار بعد انقضاء المدة أنه كان قد رضي فلا يقبل ذلك إلا ببينة تشهد له بصحة دعواه؛ لأنه ادعى شيئاً الأصل عدمه.

فَإِنْ طَرَأَ مَانِعٌ، فَفِي الْمَوْتِ يَنْتَقِلُ إِلَى وارِثِهِ، ولَيْسَ لِمَنِ اخْتَارَ التَّمَسُّكَ إِلا بِالْجَمِيعِ ....

أي: فإن طرأ على مشترط الخيار ما يمنعه منه، والموانع ثلاثة. وبدأ بالموت، وانتقاله إلى الوارث ظاهر؛ لأن من مات عن حق فلورثته. المازري: فإن مات المشتري وترك وارثاً واحداً يحوز ماله، فإنه يحل محله فيخير بين قبول المبيع بنصيبه من الثمن، ولا مقال هنا للملتزم الشراء؛ لكونه قد وصل إلى غرضه واستكمل جميع حقه في الميراث. وإن لم يرض البائع التشقيص كلف من أجاز أن يرد ما في يده ليكمل جميع المبيع لبائعه. هذا القياس عند أشهب، والاستحسان عنده أن يمكن من أراد الإجازة من أخذ نصيب من رد ويدفع جميع الثمن للبائع لترتفع العلة التي شكلها من التبعيض، لكن القياس أن البائع لما رد عليه الممتنع عن الإجازة لنصيبه عاد إلى ملكه على ما كان، فلا يلزمه بيعه إلا ممن أحب. وهذا التفصيل يجري في موت المشتري والبائع. انتهى.

فقوله: (**وَلَيْسَ لِمَنِ اخْتَارَ التَّمَسُّكَ إِلا بِالْجَمِيعِ**) محتمل للقياس والاستحسان؛ لأن الجميع يحتمل أن يريد به جميع الورثة، والباء للمصاحبة، أي: ليس له التمسك إلا مع اختيار جميع الورثة وهو القياس. ويحتمل [٤٦٩/ ب] أن يريد بالجميع جميع السلعة وهو الاستحسان. وهذا تقرير هذا المحل. ولا يقال: لعل المصنف أراد بقوله: (**وَلَيْسَ لِمَنِ اخْتَارَ**...) إلخ. أن من اشترى سلعاً ثم أراد الإجازة، فليس له أن يتمسك إلا بجميعها؛ لأن السياق ينفيه.

واعلم بأنه إنما نص في المدونة على ما ذكرناه من القياس والاستحسان في ورثة المشتري. وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في ذلك بين ورثة البائع والمشتري، ولعله بنى على كلام المازري المتقدم وهو أحد الطريقين؛ لأن الشيوخ اختلفوا هل يدخل القياس والاستحسان في ورثة البائع؛ فمنهم من قال يدخل وينزل الراد من ورثة البائع منزلة المجيز من ورثة المشتري فيدخله القياس، وهو أنه ليس له إلا نصيبه. والاستحسان: وهو أن له أن يأخذ نصيب أخيه المجيز؛ لأن الذي أراد الإجازة من ورثة البائع قد رضي بإخراج نصيبه من يده وأخذ الثمن فيه، فإذا قال للذي أراد إبطال البيع: أنا آخذ نصيبك وأعطيك الثمن الذي أردته ودعوت إليه، كان ذلك له، كما للمجيز من ورثة المشتري أن يأخذ نصيب أخيه الراد، وإلى هذا ذهب ابن أبي زيد في غير المختصر. وقال بعض القرويين: لا يدخله الاستحسان، وليس لمن رد أن يأخذ نصيب من أجاز؛ لأن من أجاز إنما أجاز للأجنبي لا لأخيه.

تنبيه:

أقام الشيخ أبو محمد صالح على ما نقله عنه أبو الحسن من قوله: أن الخيار يورث أن الثنيا تورث. أي: الجائزة. وهي إذا قال المشتري بعد تمام البيع: إن جئت بالثمن فسلعتك رد عليك؛ أعني: إذا مات المتطوع له بها.

واختلف إذا مات المشتري الذي تطوع بالثنيا، هل يلزم ذلك ورثته وهو قول أبي إبراهيم، أو لا يلزم ورثته وهو قول أبي الفضل راشد، واختاره أبو الحسن؟. واحتج أبو إبراهيم بما نقله ابن يونس عن الموازية في الذي قال لأمته: إن جئتني بألف درهم فأنت حرة فمات، أن العتق يلزم ورثته إن جاءتهم بالألف.

أبو الحسن: ولا حجة فيه؛ لأن هذه قطاعة وهي من ناحية الكتابة وهي لازمة. وفي المستخرجة عكسه: أن العتق لا يلزمهم.

وذكر ابن الهندي فيمن باع سلعة بثمن إلى أجل على أن يبقى الدين إلى أجله فمات المطلوب، ثم مات الطالب بعده، أن ورثة الطالب لا يلزمهم التأخير، وهو يدل على أن الثنيا لا تلزم ورثة المشتري.

وَفِي الْجُنُونِ: يَنْظُرُ السُّلْطَانُ

أي: إذا جن من له الخيار من بائع أو مشتر، فإن الحاكم ينظر في ذلك فيفعل المصلحة من رد أو إمضاء، ولا خلاف فيه، قاله **ابن عبد السلام**.

وَفِي الإِغْمَاءِ: يُوقَفُ، فَإِنْ طَالَ فُسِخَ. وَقَالَ أَشْهَبُ: كَالْجُنُونِ

تصوره واضح. وقوله:(**فَإِنْ طَالَ فُسِخَ**) أي: وليس له أن يجيز. وقول أشهب مقيد ببقاء أمد الخيار وإلا تعين الرد.

ووقع لابن القاسم في العرصة المعارة يريد هدمها المعار والمعير غائب، أن السلطان ينظر فإن رأى أخذ النقض لرب العرصة بقيمته ملقى فذلك له. فعارضها بعضهم بقوله هنا، وقال: يجب على قوله في العرصة أن يكون له هنا إجازة البيع كقول أشهب.

ابن يونس: ويمكن أن يفرق بينهما بأن الإغماء الغالب زواله عن قرب، والغائب قد تطول غيبته فكان كالمجنون والصبي.

خِيَارُ النَّقِيصَةِ: وهُوَ نَقْصٌ يُخَالِفُ مَا الْتَزَمَهُ الْبَائِعُ شَرْطاً أَوْ عُرْفاً فِي زَمَانِ ضَمَانِهِ ....

هذا هو النوع الثاني، و(ما) موصولة، أو نكرة موصوفة.

وقوله: (**شَرْطاً أَوْ عُرْفاً**) بيان لموجب الالتزام. والأولى أن يقول: ما ثبت بنقص، إذ النقص سبب للخيار لا نفس الخيار، فلا ينبغي أن يعرف الخيار بالنقص. فإن قيل: لعله عرف المضاف إليه وهو النقيصة، كأنه قال: والنقيصة التي توجب الخيار نقص، إلى آخره.

قيل: لو قصد ذلك لقال: وهي. وقد يقال: أعاد الضمير عليها باعتبار معناها، وفيه بعد. فإن قلت: هو تعريف غير جامع؛ لأن خيار النقيصة يكون أيضاً بتغرير فعلي، ولم يذكره.

وقد ذكره ابن شاس، فقال: ما ثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي. قيل: هو راجع إلى الشرطي، ألا ترى قوله بعد ذلك: والتغرير الفعلي كالشرطي. لكن قد يقال: إنه غير جامع من وجه آخر؛ لأن عيوب الدار تخالف ما التزمه البائع ولا توجب خياراً.

وأجيب: لا يرد هذا على القول بأنها توجب الخيار كغيرها، وعلى القول الأخير فهذا على خلاف القياس، وفيه نظر. وقوله: (**فِي زَمَانِ ضَمَانِهِ**) أي: أن النقص المذكور لابد أن يكون حاصلاً في الزمان الذي يضمن فيه البائع المبيع للمبتاع.

فَالشَّرْطِيُّ: مَا يُؤَثِّرُ فِي نَقْصِ الثَّمَنِ كَصَانِعٍ، وكَاتِبٍ، وتَاجِرٍ

لما قسمه أولاً إلى قسمين تكلم على الأول، والظاهر أن الشرطي ما يشترطه المشتري. وفي البيان: إذا نادى الذى يبيع الجارية في الميراث أنها عذراء أو غير ذلك، ثم وجد خلافه كان له الرد. فنزلوا هذا منزلة الشرط.

فَإِنْ شَرَطَ مَا لا غَرَضَ فِيهِ ولا مَالِيَّةَ فِيهِ، أُلْغِيَ عَلَى الْمَعْرُوفِ

كما لو اشترط أنه أمي فيجده كاتباً، أو جاهلاً فيجده عالماً. ومقابل المعروف ذكره صاحب البيان وابن زرقون، فلا التفات إلى قول ابن بشير: لا أعلم فيه خلافاً. وقد [٤٧٠/ أ] يجري الخلاف فيه على وجوب الوفاء بشرط ما لا يفيد.

ومَا فِيهِ غَرَضٌ ولا مَالِيَّةَ فِيهِ، فِيهِ رِوَايَتَانِ

هذا يتصور في حق بعض الناس، كما لو اشترى أمة على أنها نصرانية فوجدها مسلمة، وقال: أردت أن أزوجها غلامي النصراني، أو اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكراً، وقال: علي يمين ألا أطأ الأبكار، أو اشترط جنساً فوجدها من جنس آخر أرفع. وقد ذكر ابن بشير، وابن شاس القولين.

قال في البيان: والصحيح أن له الرد عملاً بالشرط. وحصل صاحب البيان، وابن زرقون فيه وفي الذي قبله ثلاثة أقوال؛ **الأول** لسحنون: أن له الرد. **والثاني**: مخرج على رواية ابن نافع في مسلم غر نصرانية نكحته على أنه نصراني أنه لا خيار لها، فأحرى أن يقول ذلك في الأمة. **والثالث** في سماع عيسى: إن كان له وجه رد به وإلا فلا. ومثله في المدونة.

والْعُرْفِيُّ: مَا تَقْتَضِي الْعَادَةُ بِأَنَّهُ إِنَّمَا يَدْخُلُ عَلَى السَّلامَةِ مِنْهُ مَا يُؤَثِّرُ فِي نَقْصِ الثَّمَنِ، أَوِ الْمَبِيعِ، أَوْ فِي التَّصَرُّفِ، أَوْ خَوْفاً فِي الْعَاقِبَةِ ....

(أل) في (العرفي) للعهد؛ أي: والنقص العرفي، و(من) في قوله:(منه) لبيان الجنس. ومعنى كلامه: والعيب العرفي الذي تقتضي العادة الدخول على السلامة منه. وقوله: **(فِي نَقْصِ الثَّمَنِ)** أي: من غير نقص في المبيع، كما لو وجده آبقاً، أو سارقاً، أو في المبيع من غير نقص في الثمن، كالخصاء في العبد، أو نقص التصرف، كالعسر أو التخنيث في العبد، أو خوفاً في العاقبة، كجذام أحد الأبوين إذ يخشى عليه حينئذ الجذام.

فَالْعَمَى، والْعَوَرُ، والْقَطْعُ ونَحْوُهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ

لما ذكر ضابطاً كلياً شرع في تعداد العيوب لتكون كالمثال لما ذكره، وهو ظاهر.

ابن عبد السلام: وهذا الاتفاق إنما يصح في بيع الغائب، وأما الحاضر فقد يدخل بعض هذا الخلاف من اختلافهم في البيع الظاهر، هل للمشتري القيام به أم لا؟ ويمكن أن يريد المصنف الاتفاق على كون هذه الأشياء وشبهها عيوباً، لا على وجوب القيام بها.

والْخِصَاءُ عَيْبٌ

يعني: في العبيد، وهو ظاهر.

وسُقُوطُ ضِرْسَيْنِ عَيْبٌ، والْوَاحِدُ فِي الْعَلِي

تصوره ظاهر، وخص الأضراس تبعاً للباجي والمازري. ولعل ذلك على جهة المثال؛ لأن سقوط سِنَّيْنِ مطلقاً عيب. ففي الواضحة: وما زاد على السن الواحدة فهو عيب في كل العبيد ما كان في مقدم الفم أو مؤخره.

وفي قوله: (**والْوَاحِدُ فِي الْعَلِي**) نظر من وجهين؛ **أحدهما**: تخصيص الأضراس. **والثاني**: ظاهره أنه مطلق في الأمة والعبد، وهو خاص بالرائعة.

ابن عبد السلام: وأطلق المؤلف في العلي، وظاهره سواء نقص من الثمن أو لم ينقص، إلا أن يقال: كلامه هنا هو مثال لما ينقص الثمن.

قال في الموازية: ولا يرد العبد إذا وجدت سنه منزوعة إلا أن يكون ذلك في الجارية الرائعة وينقص ذلك من ثمنها. وفي الواضحة: السن الناقصة عيب في الرائعة في مقدم الفم أو مؤخره، وليست في الدنية ولا في العبد عيباً إلا في مقدم الفم. فأنت تراه كيف لم يجعل السن الواحدة عيباً في الذكر.

ابن حبيب: والسن الزائدة عيب في العبد والأمة رفيعين كانا أو وضيعين.

والوخش في الرقيق الخسيس مأخوذ من قولهم: وخشت الشيء أخشه وخشاً إذا خلطته، فكان الوخش لا يعرف لخساسته، إذ هو من أخلاط الرقيق، وأصله الحقير من كل شيء. والعلي: بفتح العين وكسر اللام مخففة وتشديد الياء صفة للجنس؛ أي: من الجنس العلي. الجوهري: وفلان من علية الناس وهو جمع عليٍّ؛ أي: شريف مثل صبي وصبية. وكذا ذكره عياض، قال: وقيل بكسر اللام وتشديدها، والأول أشهر.

وكَالْحَمْلِ فِيهِمَا، وقَالَ أَشْهَبُ: فِي الْعَلِي

حاصله: أنه اتفق على أن الحمل عيب في العلي، واختلف في الوخش. وما قدمه المصنف هو مذهب المدونة، قال: وقاله لنا مالك حين خالفنا ابن كنانة في الوخش. ولابن القاسم ثالث: أنه عيب في الوخش إن اشترى جارية وحدها لا إن اشتراها في جملة رقيق. ولابن حبيب رابع: أنه عيب لأهل الحاضرة دون البادية.

وفِيهَا: كَوْنُهَا زَلاءَ لَيْسَ بعَيْبٍ، وقُيِّدَ بِالْيَسِيرِ

الزلاء بالمد: الصغيرة الإليتين، ولابد من التقييد باليسير؛ ولهذا قال في المدونة: إلا أن تكون ناقصة الخلق. وروى أشهب: الصغيرة القبل ليس بعيب إلا أن يتفاحش.

والشَّيْبُ الْكَثِيرُ فِي الْعَلِي عَيْبٌ، وفِي الْقَلِيلِ فِيهِ والْكَثِيرِ فِي غَيْرِهِ قَوْلانِ

أي: لا خلاف في الكثير أنه عيب في العلي، ولا في اليسير أنه ليس بعيب في الوخش. واختلف في القليل في العلي، فظاهر المدونة أنه عيب.

وقال ابن عبد الحكم: ليس بعيب. وكذلك في الواضحة عن مالك. وجوز الباجي أن يكون تقييداً للمدونة.

وأما الكثير في غير العلي، فظاهر المدونة أنه ليس بعيب، قال فيها: ولا يرد به غير الرائعة إلا أن يكون عيباً ينقص من ثمنها. وقيل: إن كان الشيب كثيراً لا إن قل، إلا أن يكون بائعها قد علم بذلك فكتمه على تعمد، فيرد وإن كان قليلاً. ابن المواز: وذلك كله في الشابة.

وَالاسْتِحَاضَةُ فِيهِمَا عَيْبٌ

أي: في العلي والوخش، وهذا ظاهر المذهب وهو الصواب؛ لأنه يضعف الجسم.

وعن ابن القاسم: يسأل عن الدنية، فإن كان عيباً ينقص من الثمن ردت به. قال: وهذا إذا ثبت استحاضتها عند البائع. وأما الموضوعة للاستبراء تحيض حيضة لا شك فيها، ثم تستمر مستحاضة فمن المشتري ولا ترد، وقاله أشهب؛ أي: لاحتمال أن يكون حدث بها. قال في الموازية: والاستحاضة التي ترد بها شهران.

وارتفاع [٤٧٠/ ب] الحيض عيب في ذات سنه، قاله في المدونة. وعلله اللخمي: بأن ذلك صلاح لأجساد النساء، وهو يشمل العلي والوخش. وفي العلي وجه آخر وهو: منع الوطء. وأفتى ابن عتاب: بأنه عيب في الوخش. وعن ابن القاسم: أنه عيب في العلي فقط. قال في المدونة: وإن تأخر حيضها، قال في الأمهات: شهرين أو ثلاثة فذلك عيب، ولأشهب أنها لا ترد إلا فيما زاد على ثلاثة أشهر.

ولسحنون وغيره: أنها ترد بخمسة وأربعين يوماً. مالك: وللبائع أيضاً أن يفسخ البيع لأجل نفقته.

وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ فِي الْوَقْتِ الْمُسْتَنْكَرِ عَيْبٌ

أي: في الذكور والإناث، قاله ابن حبيب عمن كاشف من أصحاب مالك. ومراده بالوقت المستنكر: الزمان الذي لا يبول فيه الصغير غالباً، قال معناه ابن حبيب.

واحترز من البول في زمن الصغر، فإنه لا يستنكر فليس بعيب. ابن حبيب: ولا يثبت أنه عيب حتى يقيم المبتاع بينة أنها كانت تبول عند البائع؛ لأنه مما يحدث في ليلة وأكثر، فإن لم تكن بينة حلف البائع على علمه، ولا يحلف بدعوى المبتاع حتى توضع بيد امرأة أو رجل له زوجة فيذكران ذلك، ويقبل قول المرأة والرجل عن زوجته في ذلك، ويجب اليمين على البائع، وليس بمعنى الشهادة. ولو جاء المشتري بقوم ينظرون مرقدها بالغد مبلولاً، فلابد من رجلين؛ لأنه بمعنى الشهادة، ثم يحلف البائع.

وَفِيهَا: التَّخْنِيثُ فِي الْعَبْدِ، والْفُحُولَةُ فِي الأَمَةِ إِنِ اشْتَهَرَتْ عَيْبٌ، فَقِيلَ: التَّشْبِيهُ فِيهِمَا، وقِيلَ: الْفِعْلُ ....

التفسير الأول لابن أبي زيد، فقال: تشبيه الذكر بالأنثى بتكسير المعاطف، وتشبيه الأنثى بالذكر بفحولة الكلام.

والثاني لصاحب النكت، فقال، قوله: إذا وجد العبد مخنثاً -أي: يؤتى- والمرأة مذكرة -أي: فحلة كشرار النساء- فإذا اشتهرت بذلك فهو عيب.

وهكذا وقع لمالك في الواضحة، وصرح في الواضحة بأن التشبيه ليس بعيب. وجعل عبد الحق الواضحة مفسرة للمدونة، وهي على تفسير ابن أبي زيد خلاف.

واحتج أبو عمران للأول بأنه لو أراد الفعل لكان عيباً ولو مرة واحدة، ولكان لا يحتاج إلى قيد الاشتهار في الأمة. أبو عمران: وإنما خص بهذا القيد الأمة ولم يجعل الرجل مشاركاً لها فيه؛ لأن التخنيث في العبد يضعفه عن العمل وينقص نشاطه، والتذكير في الأمة لا يمنع جميع الخصال التي في النساء ولا ينقصها ذلك، فإذا اشتهرت بذلك كان عيباً؛ لأنها ملعونة في الحديث. وجعل في الواضحة هذا الاشتهار عائداً على الأمة والعبد. عياض: ورأيت بعض مختصري المدونة اختصرها على ذلك.

خليل: وينبغي أن يقيد كلام عبد الحق وما في الواضحة بالوخش، وأما الجارية المرتفعة فالتشبه فيها عيب، إذ المراد منها التأنيث، وقاله عياض.

وَالزَّعَرُ عَيْبٌ

الجوهري: الزعر: قلة الشعر. ونص المسألة في المدونة فيمن اشترى أمة فوجدها زعراء العانة فهو عيب. **ابن سحنون**: لأن الشعر يشد الفرج فإن لم يكن شعر استرخى الفرج. قال في الموازية: وكذلك إذا لم ينبت في غير العانة فهو عيب. ابن حبيب: وهو مما تتقى عاقبته من الداء السوء. وقال سحنون: ليس هو في غير العانة عيباً.

وحمل بعضهم الأول على أنه تفسير للمدونة. **بعض الموثقين**: والذكر والأنثى فيه سواء.

وَالثُّيُوبَةُ لَيْسَتْ بِعَيْبٍ إِلا فِيمَنْ لا يُفْتَضُّ مِثْلُهَا

أي: إذا وجدها ثيباً وهي في سن من توطأ، فقال سحنون في العتبية: ليس ذلك بعيب، كانت من أعلا الرقيق أو وخشه. وقال في البيان: لأنها محمولة حينئذ على أنها قد وطئت، وإن كانت في سن من لا توطأ فوجدها مفتضة فذلك عيب؛ لأنها محمولة في هذا السن على عدم الوطء.

وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في ذلك بين الرائعة والوخش، وليس بظاهر، فإن الذي في المتيطية وغيرها ونص عليه ابن القاسم وسحنون: أن ذلك عيب في الرائعة فقط.

قال في البيان: لأن وطء الوخش لا ينقص من الثمن، إلا أن يشتريها على أنها غير مفتضة بشرط. قال: وهذا قائم من المدونة.

وَالْعَسَرُ عَيْبٌ

العَسَر: بفتح العين المهملة وفتح السين.

الجوهري: وهو الذي يعمل بيساره.

ابن حبيب: هو عيب في العبد والأمة رفيعين أو وضيعين.

ابن المواز: كالعثار في الدابة.

وَالأَضْبَطُ لَيْسَ بِعَيْبٍ

الجوهري: الأضبط هو الذي يعمل بكلتا يديه، تقول: منه ضبط الرجل يضبط والأنثى ضبطت. قال في موضع آخر: وأما الذي يعمل بكلتا يديه فهو أعسر يسرا ولا يقال: أعسر أيسر. وكان عمر بن الخطاب أعسر يسراً.

ابن حبيب: وليس بعيب إذا كانت اليمنى في قوتها والبطش بها، فإن نقصت فهو عيب.

وَالزِّنَى، وَشُرْبُ الْخَمْرِ، وَالْبَخَرُ عَيْبٌ

قوله: (**عَيْبٌ**) أي: مطلقاً في العلي والوخش. المتيطي: وسواء كان البخار في فم أو فرج. قال غيره: وهو في الفرج عيب في الرائعة فقط. وفي الموازية: في الأمة توطأ غصباً أن ذلك عيب.

وَالْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ عَيْبٌ، وَالإِخْوَةُ وَالأَجْدَادُ لَيْسَ بِعَيْبٍ

أي: أن أحد الوالدين عيب وأحرى اجتماعهما، والولد عيب صغيراً كان أو كبيراً، حراً أو رقيقاً؛ لأن وجود أحدهم مما يشغله عن خدمة سيده. وإنما لم تكن الإخوة والأخوات والأجداد عيباً؛ لعدم الميل لهم كما فيمن تقدم.

المتيطي: وانفرد [٤٧١/أ] ابن العطار فرأى الأخ عيباً. ونقل صاحب الجواهر، وابن راشد عن بعض أصحابنا المتأخرين أنه ألحق الجدة للأم بالوالدة دون الجدة للأب.

وَجُذَامُ الأَبِ عَيْبٌ، بِخِلافِ مَسِّ الْجَانِّ

مراده بـ(**الأب**) الجنس فيدخل الجد، وصرح به في الموازية والعتبية والواضحة. ولفظ الواضحة: وإن كان أحد أبويها أو جديها مجذوماً فهو عيب في الجارية والعبد، والعلي والوخش، وهذا هو المشهور.

وقال ابن كنانة: ليس بعيب. ورواه داود بن جعفر عن مالك. وقال ابن دينار: لا يرد به إلا أن يقول أهل العلم: إنه مرض يعم الأقارب حتى لا يخطئ أحداً منهم فيرد، وإن كان ربما أصاب أو لم يصب فلا يرد به. وأما مس الجان فظاهر، إذ لا يخشى منه ما يخشى من الجذام.

وَفِي سَوَادِ الأَبِ فِي الْعَلِي قَوْلانِ

مراده بـ(**الأَبِ**) أيضاً الجنس، فيدخل الجد. ففي الموازية والعتبية: أنه ليس بعيب. وفي الواضحة: هو عيب لما يخاف من خروج ولدها أسود. والأولى لو قال: الرائعة كما في الرواية؛ لأن العلي يصدق على الذكر.

وَكَوْنُهُمَا مِنْ زِنى فِي الْعَلِي عَيْبٌ، وَفِي الْوَخْشِ قَوْلانِ

الضمير عائد على الأمة والعبد، والقول بأنه لا يرد في الوخش في الموازية، وبالرد لابن القاسم في المدونة وابن وهب. ولم يجعل صاحب البيان العلي محل اتفاق، بل جعل القول بالفرق ثالثاً.

ابن عبد السلام: وقيل في الوخش الفرق بين الذكر والأنثى هو ظاهر ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

وَالْقَلَفُ فِي الذَّكَرِ وَالأُنْثَى مِنَ الْمَوْلُودَيْنِ، وَطُولُ الإِقَامَةِ كَذَلِكَ إِلا الصَّغِيرَ

القلف: بفتح القاف واللام، **الجوهري**: رجل أقلف بيِّن القَلَفِ وهو الذي لم يختن. قال، ويقال: أغلف، بالغين المعجمة. واستعمل المصنف القلف في الذكر والأنثى، أي: أن متروك الختان ومتروكة الخفاض إذا ولدا في الإسلام أو في العجم ولكنهما طالت إقامتهما بين المسلمين كذلك، وأما إن لم تطل فليس بعيب لدخول المشتري على ذلك، بل نص ابن حبيب على أنه لو وجد المجلوبين مختتنين على أنه عيب؛ لما يخاف أن يكون أغار عليهما العدو أو أبق إليهم من رقيقنا، وقال به ابن القاسم. وروي عن ابن القاسم أيضاً أن ذلك ليس بعيب. قال في البيان: والأول أوضح في المعنى وأشبه في النظر.

واستثنى المصنف الصغير -كما ذكر ابن حبيب- لأنه لم يثبت ذلك فيه فلا يكون عيباً، وكذلك لو كان العبد والأمة نصرانيين، فإنهما لا يردان بترك الختان والخفاض، قاله ابن حبيب.

وقوله: (**كَذَلِكَ**) أي: لكونهما من زنا، فيكون القلف عيباً في العلي، وفي الوخش قولان. وذكر في البيان ثلاثة أقوال؛ **أحدها**: أنه يرد به الرفيع والوضيع من الغلمان والجواري، قاله ابن حبيب في الواضحة. **الثاني**: لا يرد بذلك إلا الرفيع منهما، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى. **الثالث**: وهو الصحيح في القياس والنظر أنه لا يفرق في الختان بين رفيع ووضيع، بخلاف الجواري في الخفاض.

وَلَوْ قَالَتْ أَنَّهَا مُسْتَوْلَدَةٌ لَمْ تَحْرُمْ، وَلَكِنَّهُ عَيْبٌ يَلْزَمُ الْمُبْتَاعَ أَنْ يُبَيِّنَ إِذَا بَاعَ

يعني: لو اشترى أمة ثم قالت وهي بيد المبتاع أنها أم ولد للبائع، لم تحرم بذلك على المبتاع لأنها مدعية، وتتهم أيضاً على إرادة الرجوع إلى البائع، لكنه عيب يوجب لربه الرد على البائع، فإن رضي به ثم أراد بيعها لزمه البيان؛ لأن النفوس تكره الإقدام على مثل هذا.

قال في البيان: وكذلك له أن يردها إذا قالت ذلك في عهدة الثلاث أو الاستبراء؛ لقول مالك: إن ذلك عيب يجب عليه البيان إذا باعها؛ لأن ما حدث من العيوب في العهدة والاستبراء ضمانه من البائع. وبذلك أفتى ابن لبابة، وابن مزين، وعبد الله بن يحيى ونظراؤهم، ووقع ذلك في أحكام ابن زياد، خلاف ما روى المدنيون عن مالك أن ذلك ليس بعيب، إذ لا يقبل ذلك منها. وقد روى داود بن جعفر عن مالك نحوه إذا سرق العبد في عهدة الثلاث رد به، وإن أقر على نفسه بالسرقة لم يرد؛ لأنه يتهم على إرادة الرجوع إلى سيده؛ إذا كانت سرقته التي أقر بها إنما لا يجب القطع فيها. انتهى.

وَفِيهَا: فِي الصَّدْعِ فِي الْجِدَارِ وشِبْهِهِ إِنْ كَانَ يُخَافُ عَلَى الدَّارِ أَنْ تَنْهَدِمَ رُدَّ بِهِ، وإِلا فَلا ....

نسبها للمدونة لإشكالها؛ لتفرقته في الدار بين العيب اليسير والكثير. والضمير في (**شِبْهِهِ**) يحتمل أن يعود على الصدع أو على الجدار.

وظاهر قوله:(**إِنْ كَانَ يُخَافُ عَلَى الدَّارِ**) أنه لو خيف على حائط لم يرد، وبه صرح اللخمي.

عياض: وهو ظاهر الكتاب. بخلاف ما ذهب إليه عبد الحق، وابن سهل وغيرهما، وقالوا: إنه إن خشي هدم الحائط من الصدع الذي فيه أنه يجب الرد. وقد قيل: إنما يرد لخوف هدم الحائط إذا كان ينقص الدار كثيراً. عياض: وهو صحيح المعنى، أرأيت لو كان الحائط الذي هو واجهة البيت، إذ لا يمكن سكنى الدار إلا بعد إصلاحه. واستدل من لم ير له الرد بهدم الحائط: بأن الحائط لو استحق لم يكن له رد فكيف إذا كان به صدع.

وفرق الآخرون: بأنه في الاستحقاق لا ضرر عليه؛ لأنه يأخذ قيمته بخلافه هنا، فإنه يضطر إلى بنائه والنفقة فيه.

عياض: ولم يختلفوا فيما قطع منفعة من منافعها كتهوير بئرها، أو غور مائها، أو فساد مطهرة مرحاضها، أو تعفن قواعد بئرها، أو وجد ماء بئرها مالحاً في البلاد [٤٧١/ ب] التي ماء آبارها حلوٌ وشبه ذلك، أنه يجب به الرد.

وتَمَّمَهُ مُحَمَّدٌ، فَقَالَ: لا يُرَدُّ، ولَكِنْ يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ إِنْ كَانَ يَسِيراً. وصَوَّبَهُ الأَئِمَّةُ، وقِيلَ: كَغَيْرِهِ ....

أي: وتمم ابن المواز ما في المدونة، فقال: ولكن يرجع بما نقص من الثمن. وعدوه وفاقاً لا خلافاً، وأيده بما في قسم المدونة: أن أحد الشريكين إذا اطلع على عيب في نصيبه رجع بقيمته. ومذهب المدونة بتتميم.

محمد: أنه يفرق بين الدور وغيرها، وهو المشهور المعمول به.

وقيد قوله: (**يَرْجِعُ بِقِيمَتِهِ**) بما إذا لم يكن يسيراً جداً، فقد قال عبد الحق: عيوب الدار ثلاثة أقسام؛ قسم لا ترد به الدار ولا يرجع بقيمته ليسارته، يريد كالشرفات. وقسم ترد من أجله، كخشية سقوطها. وقسم لا ترد به ويرجع بقيمته، كصدع في حائط ونحوه.

وقوله: (**وقِيلَ: كَغَيْرِهِ**) أي: ترد باليسير في الدور كغيرها. وحكاه الباجي عن بعض الأندلسيين. وفي المسألة قول ثالث: أن العروض كالدور لا يجب الرد فيها باليسير. قال في المقدمات: وعلى هذا كان الفقيه ابن رزق يحمل الروايات حيثما وقعت، ويقول: لا فرق بين الأصول وغيرها. ويؤيد تأويله ما رواه ابن زياد عن مالك: فيمن ابتاع ثوباً فاطلع فيه على خرق يسير، لا يرد ويوضع قدر العيب، ونحوه في المختصر الكبير، وهو خلاف ظاهرها وخلاف تأويل الجمهور عليها. والفرق هو المشهور، وفرق له بوجوه:

أولها: أن الدور تراد للقنية غالباً، والسلعة للتجارة.

ثانيها: أن الدور لا تنفك عن عيب، فلو ردت باليسير لأضر بالبائع.

ثالثها: أن عيوب الدار لا يحاط بها.

رابعها لابن يونس: أن الدور ليست لها أسواق فيضر بالمشتري ردها، إذ قد لا يجد ما يشتري، والبائع إذ قد لا يجد من يشتري.

خامسها: أن الدار كالأجزاء، فعيب اليسير منها كاستحقاقه فيرجع بنسبته.

سادسها: أن الدور مأمونة والعيب لا يفوت عينها؛ لأنها وإن انهدمت تبقى قاعتها ونقضها.

سابعها: أن عيب الدار يصلح ويزول بحيث لا يبقى منه شيء، وصوبه ابن محرز.

واختلف في حد اليسير: فمنهم من رد ذلك إلى العادة وهو الأصل. وقال ابن أبي زيد: ما ينقص معظم الثمن فهو كثير. ولا شك أن هذا كثير، ولكنه إن عني أنه لا يرد بها دون ذلك -وهو ظاهر ما فهموه عنه- فضعيف؛ لأن النصف ليس بمعظم الثمن.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما نقص عن الثلث وأما الثلث فكثير. وسئل ابن عتاب عن ربع الثمن، فقال: كثير. وقال ابن القطان: المثقالان يسير والعشرة كثير. ولم يبين من كم. وقال ابن رشد: والعشرة من المائة كثير. ولعل قوله تفسير لابن القطان.

وَالنَّقْصُ الَّذِي لا يُطَّلَعُ عَلَيْهِ إِلا بِتَغَيُّرِهِ كَسُوسِ الْخَشَبِ بَعْدَ شَقِّهِ لا يُرَدُّ بِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ وَلا قِيمَةَ، قَالَ مَالِكٌ: لأَنَّهُ أَمْرٌ دَخَلا عَلَيْهِ ....

أي: إذا بيع شيء وفي باطنه عيب يجهله المتبايعان ولا يطلع عليه إلا بعد الشق كالخشب، فلا قيام للمشتري به ولا شيء له على البائع. وعلله في الموازية، فقال: وهو أمر ثابت في هذه الأشياء معروف، يشتري عليه المشتري ويبيع عليه البائع. وإليه أشار بقوله: **(لأَنَّهُ أَمْرٌ دَخَلا عَلَيْهِ)**.

ومقابل المشهور رواه المدنيون عن مالك أنه يرد به كسائر العيوب، وذكرها ابن شاس وغيره. وفرق ابن حبيب فلم يثبت الخيار بما كان من أصل الخلقة وأثبته بما طرأ، كوضع الخشب في مكان ندي فيتعفن.

وحمله ابن يونس على الخلاف لمذهب المدونة، والمازري على الوفاق. وعن ابن الماجشون: أنه لا رد في اليسير بخلاف ما كثر، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز؛ لأنه خطر.

وَأَمَّا الْجَوْزُ والتِّينُ وشِبْهُهُ، فَقِيلَ: مِثْلُهُ، وقِيلَ: إِنْ أَمْكَنَ اخْتِيَارُهُ بِكَسْرِ الْجَوْزَتَيْنِ رُدَّ لَهُ ....

(**وشِبْهُهُ**) الفقوس، والخيار، والبطيخ. وقوله: (**مِثْلُهُ**) يحتمل أن يكون للتشبيه في المشهور فقط، فإن المشهور فيه نفي الرد بما يظهر من أمر البطيخ ونحوه. نص عليه في المدونة. ويحتمل التشبيه في دخول القولين وهما أيضاً فيه. وقوله: (**وقِيلَ**) هو في الموازية، يعني: أنه إن كان مما يمكن اختباره والاطلاع عليه حال العقد كالقثاءة والقثاءتين.

أشهب: بإدخال العود الرقيق فيها. وكالجوزة والجوزتين مما يتحيل عليه بشيء فيعرف حالها قبل الكسر، فله الرد به. قال: وأما الأحمال الكثيرة فلا رد إلا أن يكون كله فاسداً أو أكثره فيرد؛ إذ لا يخفى على البائع. قال: وأما اليسير من الكثير فلا يرد ويلزمه البيع.

ولم ينقل المصنف هذا القول بكماله وذكر الاختيار بالكسر، وفي الرواية: إنما هو بالتحيل قبل الكسر.

ابن عبد السلام: وما في الموازية أظهر عندي. وعن ابن الماجشون وأصبغ، أنهما قالا بإثر قول مالك: هذا في اليسير إذ لا يسلم منه، فأما الكثير فيرد، ولو شرط البائع البراءة منه لم يجز. وهذا كأنه عكس ما في الموازية، هكذا فهمه بعض الشيوخ. وعندي أن معنى قولهما:

أنه إذا اشترى كثيراً، أو ما له قدر فوجد منه الجوزة والجوزتين، فإنه لا قيام له بذلك، إذ لا يكاد يسلم منه، وعلى هذا لا يكون عكس ما في الموازية، ولأجل ذلك قال صاحب هذا القول: وهذا في معنى قول مالك؛ أي: غير خارج عنه.

خليل: وانظر إذا بنينا على المشهور من نفي الرد فاشترط المشتري أنه إن وجده مُراً رده، وكذلك إذا اشترط الرد في [٤٧٢/ أ] البطيخ إن وجده غير حلو، هل يوفى له بهذا الشرط أو لا ؟ والأظهر أنه يوفى له بذلك؛ لأن الأصل إعمال الشروط ما لم يعارض ذلك كتاب أو سنة.

ونص في المدونة على أن البيض يرد لفساده ويرجع بالثمن. قال: لأنه مما يعلم ويظهر فساده قبل كسره؛ أي: إذا كان مدلساً.

قال في الموازية: وإن كان غير مدلس وكسر المشتري البيض وأتلفه، فإنه يرجع بما بين القيمتين إن كانت له قيمة يوم باعه بعد الكسر، وإلا رجع بالثمن كله. ابن القاسم: وهذا إذا كسره بحضرة البائع، وإن كان بعد أيام لم يرد به؛ لأنه لا يدري أفسد عند البائع أو المبتاع، وقاله مالك.

وَالتَّغْرِيرُ الْفِعْلِيُّ كَالشَّرْطِيِّ، وهُوَ فِعْلٌ يُظَنُّ مِنْهُ كَمَالٌ كَتَلْطِيخِ الثَّوْبِ بِالْمِدَادِ

يريد بالتغرير الفعلي: أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يستر به عيبه فيظهر في صورة السالم وليس كذلك، كصبغ الثوب القديم فيوهم جدته، وكتلطيخ ثوب العبد بالمداد فيظن أنه كاتب ولا يوجد ذلك. وقوله: (**كَالشَّرْطِيِّ**) أي: الذي اشترطت سلامته لفظاً.

وَأَصْلُهُ التَّصْرِيَةُ، فَإِنَّهَا كَاشْتِرَاطِ غَزَارَةِ اللَّبَنِ

أي: وأصل اعتبار هذا السبب والرد به، ما صح من حديث التصرية، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر**».

والتصرية: جمع اللبن في الضرع يوماً أو يومين حتى يعظم ثديها؛ ليوهم مشتريها أنها تحلب كل يوم مثل ذلك. وهذا معنى قوله: (**فَإِنَّهَا كَاشْتِرَاطِ غَزَارَةِ اللَّبَنِ**) أي: فيوجب الخيار لفقدها.

فَلَوْ ظَنَّ مِنْ غَيْرِ تَغْرِيرٍ لَمْ تُرَدَّ بِهِ مَا لَمْ تَكُنْ ذَاتَ لَبَنٍ مَقْصُودَةً لَهُ وكَتَمَهُ مَعَ عِلْمِهِ، وقَالَ أَشْهَبُ: وإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ لَبَنٍ، وقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ زَادَ كَذَلِكَ ...

أي: فلو ظن المشتري غزارة اللبن مع عدم تغرير البائع، كما لو كان الضرع لحماً، فلا رد له إلا بثلاثة شروط: أن تكون ذات لبن، وعبر عنه في المدونة بأن يكون اشتراها في إبان الحلاب. وأن يكون مقصوده الحلاب، وهو كقوله في المدونة: أن تكون الرغبة فيها إنما هي اللبن. وأن يكون البائع قد علم قدر حلابها وكتمه عن المبتاع.

وقوله: (**مَعَ عِلْمِهِ**) زيادة إيضاح؛ لأن الكتم لا يكون إلا مع العلم. وقال أشهب: للمبتاع ردها وإن لم يكن في إبان الحلاب، سواء علم البائع أم لا؛ لأنه عيب، والعلم إنما يظهر أثره في التدليس لا في مطلق الرد.

ونصه عند ابن يونس، وقال أشهب: إذا كان البائع يعرف حلابها، فللمبتاع ردها حلبت أولم تحلب، إلا إذا كانت شاة لبن. وقال ابن المواز: أرى أن ينظر في ثمنها، فإن كان في كثرته ما يعلم أن ذلك لا لشحمها ولحمها ولا لرغبة في نتاج مثلها، وظهر أن الغالب من ذلك إنما هو اللبن، فليردها إذا كتمه البائع وثبت ذلك.

وجعل اللخمي محل الخلاف بين المذهب، وبين قول أشهب، وقول محمد إذا كان البيع في غير إبان الحلاب، وأنه يتفق على الرد إذا كان في إبانه.

وهذه المسألة ليست من التصرية، وإنما هي عندهم من الرد بالعيب، ولهذا قال يحيى بن عمر: اللبن هنا للمشتري ولا صاع عليه إذا رد لضمانه، بخلاف المصراة.

فَإِنْ حَلَبَهَا ثَالِثَةً، فَفِيهَا: إِنْ كَانَ مَا تَقَدَّمَ اخْتِبَاراً فَهُوَ رِضاً، وقَالَ مَالِكٌ: لَهُ ذَلِكَ ....

الضمير في (**حَلَبَهَا**) عائد على المصراة، قال فيها: فإن حلبها ثالثة، فإن جاء من ذلك ما يعلم أنه إنما حلبها بعد أن تقدم له من حلابها ما فيه خبرة، فلا رد له ويعد حلابها بعد الاختبار رضا بها، ولا حجة عليه في الثانية؛ إذ بها يختبر الناس ذلك ولا يعرف بالأولى. وقد علمت أن الضمير في: (**فَهُوَ رِضاً**) عائد على الحلاب الثالث.

وقوله: (**وقَالَ مَالِكٌ**) هو في الموازية: له أن يحلبها ثالثة ولا يعد ذلك رضا، وجعل المصنف هذا خلافاً للمدونة كاللخمي.

وقال عيسى بن دينار: إذا حلبها الثانية فنقص لبنها وظن أن ذلك من إنكار الموضع أو نحو هذا، ثم حلبها الثالثة فتبين له أنها مصراة فأراد ردها، فيحلف بالله ما كان ذلك منه رضا. وقال محمد: إذا حلبها ثالثة فذلك رضا. ابن يونس: وقول محمد هذا، وقول عيسى راجعان لما في المدونة.

واختار اللخمي ما في الموازية؛ لما رواه البخاري، ومسلم، والترمذي وصححه، أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام**». أما إن حلبها رابعة فهي رضا باتفاق، حكاه ابن راشد.

فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ولَوْ غَلا، وقِيلَ: مِنْ غَالِبِ قُوتِ الْبَلَدِ

أي: فإن ردها بعيب التصرية رد معها صاعاً من تمر للحديث. قال في المدونة: ولا لأحد في هذا الحديث رأي. فقدم الخبر على القياس.

عياض: وهو مشهور مذهبه، خلاف ما يحكيه العراقيون عنه.

وقدم في كتاب ابن عبد الحكم القياس، فقال: لا يرد معها شيئاً. ورواه أشهب في العتبية، وقال به ابن يونس. ولعل أشهب رأى أن حديث: «**الخراج بالضمان**» ناسخ له. وفيه نظر؛ لأن حديث: «**الخراج بالضمان**». عام، وحديث المصراة خاص ببعض ما اشتمل عليه الخراج بالضمان، والخاص يقضى به على العام.

وقوله: (**ولَوْ غَلا**) مبالغة. وهذا القول حكاه ابن يونس عن بعض الأصحاب. وقدمه المصنف لأنه ظاهر الحديث، وتبعاً لابن شاس، فإنه قال: ثم قدر الصاع معين، فلا يزاد عليه لكثرة [٤٧٢/ ب] اللبن وغزارته، ولا ينقص منه لقلته ونزارته، ولا يلتفت إلى غلائه ورخصه، بل قال بعض المتأخرين: إن كانت قيمته تساوي قيمة الشاة أو تزيد، فظاهر المذهب أن عليه الإتيان به. ولكن مذهب المدونة هو الثاني، ففيها: وإن كان ذلك ببلد ليس عيشهم التمر أعطى الصاع من عيش ذلك البلد، وعيش أهل مصر الحنطة فليعطوا منها. وحملوا ذكر التمر في الحديث على أنه غالب قوت المدينة، ويؤيده ما ورد في بعض طرقه: «**وصاعاً من طعام لا سمراء**» فلم يذكر التمر بخصوصيته، وأخرج منه السمراء؛ لأنها ليست بطعام أهل الحجاز، وهو تنبيه على هذا المعنى أيضاً. فلو كلف التمر في كل بلد لزم أن يرد المشتري ما يساوي نصف قيمتها أو أكثر، وهو مانع من ردها الذي دل الحديث على ثبوته.

وروى زياد عن مالك: يرد مكيل ما حلب تمراً أو قيمته. واستبعده في البيان لمخالفته الحديث.

تنبيه:

الرد بعيب التصرية مشروط بأن لا يعلم المشتري بذلك حين البيع، وأما إن علم حين البيع أنها مصراة فلا مقال له، إلا أن يجدها قليلة اللبن دون المعتاد من مثلها.

ابْنُ الْقَاسِمِ: ولَوْ رَدَّ عَيْنَ اللَّبَنِ لَمْ يَصِحَّ ولَوِ اتَّفَقَا؛ لأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ. وَقَالَ سَحْنُونٌ: إِقَالَةٌ ....

أي: لو أراد المشتري أن يرد المصراة وما حلبه منها لم يجز ذلك؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، فإن البائع وجب له صاع من طعام باعه قبل قبضه باللبن.

وقال سحنون: يجوز ذلك ويعد إقالة. وقاله ابن وضاح وقيده بما إذا لم يغب على اللبن، ذكره في البيان.

وحمل اللخمي المدونة: على أن الحلاب تأخر، أما لو كان بفور العقد رده بعينه ولا يلزم المشتري عوضه؛ لأن وجوب الصاع إنما كان مع التراضي لاختلاط ملك البائع بملك المشتري؛ لأن ما حدث في ضرعها بعد الشراء فهو للمشتري، وهذا منتف بفور العقد لتمحض ما في الضرع للبائع.

ورده المازري: بأن اللبن إذا حلب غيَّره الهواء، فكأنه هو الذي ليس في الضرع. ولا يصح أيضاً حمل المدونة على ما ذكره؛ لأنه قال فيها: لو تراضيا على رد اللبن بعينه لم يجز، ولو كان لأجل الاختلاط لكان الحق للمشتري، فإذا رضي جاز.

فَإِنْ تَعَدَّدَتْ، فَفِي الاكْتِفَاءِ بِصَاعٍ قَوْلانِ

أي: فلو تعددت المصراة اثنان فأكثر، فهل يكتفي في الجميع بصاع وهو قول الأكثرين، أو لابد في كل واحدة من صاع وهو قول ابن الكاتب، واختاره اللخمي وابن يونس. واحتج أحمد بن خالد الأندلسي للأكثرين بأن غاية ما يفيده تعددها كثرة اللبن، وهذا لا يلتفت إليه، ألا ترى أن في لبن كل من الشاة والبقرة والناقة صاعاً واحداً.

وأجيب بأن هذه الألبان وإن اختلفت قدراً فقد اختلفت في الطيب، فالأقل منها قدراً أطيب، وإنما يلزم ما قاله ابن خالد لو اختلفت في القدر واستوت في الطيب. وفي

جامع البيوع من البيان قول ثالث، وهو: لا شيء عليه فيما احتلبه منها، بخلاف الشاة الواحدة؛ لقوله في الحديث: «**من اشترى شاة مصراة**».

فَلَوْ رَدَّ بِعَيْبٍ غَيْرِهِ، فَفِي الصَّاعِ قَوْلانِ

أي: فلو رضي المشتري بعيب التصرية ثم اطلع على عيب آخر فرد به، فقال محمد: لا يرد الصاع لحلابها. واختاره التونسي. وعن أشهب: أنه يرد الصاع بناء على أنه لما رد بغير عيب التصرية كانت كأنها غير مصراة، أو يصدق عليه أنه رد مصراة.

وَإِذَا اشْتَرَطَ الْبَائِعُ الْبَرَاءَةَ مِمَّا لَمْ يَعْلَمْ، فَطَرِيقَانِ؛ الأُولَى ثَالِثُهَا فِي الْمُوَطَّأ: تُفِيدُ فِي الْحَيَوَانِ مُطْلَقاً. ورَابِعُهَا فِي الْمُدَوَّنَةِ: تُفِيدُ فِي الرَّقِيقُ خَاصَّةً. وخَامِسُهَا: تُفِيدُ مِنَ السُّلْطَانِ. وسَادِسُهَا: ومِنَ الْوَرَثَةِ لِقَضَاءِ دَيْنٍ وشِبْهِهِ ....

لما ذكر خيار النقيصة شرع في موانعه، وهي قسمان: مانع مطلقاً، ومانع على تقدير.

فالأول أربعة أنواع:

أولها: أن يشترط البائع البراءة من العيوب التي لا علم له بها. وذكر المصنف فيها طريقين؛ الأولى، المذهب على ستة أقوال:

الأول: أن شرط البراءة ينفع من كل بائع في كل مبيع، وهو قول مالك في كتاب ابن حبيب، وقيد بما عدا الحمل الخفي من الرائعة؛ إذ لا تصح البراءة منه لعظم الخطر. وقيدها الباجي والمازري أيضاً بما لا يشترط فيه التماثل، أما ما يشترط فيه كمد قمح بمد قمح، فلا يجوز اشتراط البراءة فيه؛ لما يؤدي إليه من التفاضل. قالا: وكذلك لا يجوز التبرؤ في عقد القرض؛ لأنه إذا أسلف عبداً وتبرأ من عيوبه دخله سلف جر منفعة.

الثاني: أن البراءة لا تنفع مطلقاً، ذكره القاضي أبو محمد عن مالك؛ لأن البراءة توجب غرراً.

الثالث: وقع في بعض روايات الموطأ، وفي الموازية، والواضحة أنها تنفع في الحيوان مطلقاً، ناطقاً أو غيره، ولا تصح في غيره.

الرابع، قال **ابن عبد السلام**: هو أشهر الأقاويل.

الباجي -وهو الظاهر من المذهب-: أنها تفيد في الرقيق فقط. ووجهه: أنه قد يكره بعض السادات ويرغب في بعض، فيظهر من العيوب ما ليس فيه ويكتم ما فيه، تحيلاً منه على انتقال الملك.

وتصور الخامس ظاهر، وهو مقيد بما باعه السلطان لغيره، وأما إن كان لنفسه فهو كسائر الناس.

وتصور السادس ظاهر، وشبه الدين الوصية.

وقد أقيمت من المدونة الستة الأقوال.

وزاد عياض:

سابعاً [٤٧٣/أ] لابن القاسم في الموازية: أنها لا تنفع في الحيوان والثياب إلا في الشيء اليسير التافه غير المضر، وأما ما هو مضر فيرد به، ونحوه في العتبية.

وثامناً: أنه لا يفيد إلا فيما طالت إقامته عند البائع، واستغنى المصنف عن هذا بما سيذكره بقوله: فلو باع بحدثان ملكه، فالمشهور: لا يفيد.

وتاسعاً: أنها لا تنفع إلا من السلطان خاصة في البيع للدين، ونحوه في الرقيق خاصة، وهو نص الموازية.

وعاشراً لابن حبيب: إن كان البيع طوعاً فلا يفيد إلا في الرقيق خاصة، وأما ما باعه السلطان في فلس، أو موت، أو على الأصاغر، فهو بيع براءة في الرقيق والحيوان والعروض وإن لم يشترط البراءة. وقاله مطرف، وابن الماجشون، وأصبغ وغيرهم. وبهذا يظهر رجحان هذه الطريقة على الطريقة الثانية؛ لأن من حفظ مقدم.

الثَّانِيَةُ: تُفِيدُ إِنْ كَانَ يَسِيراً، أَوْ مِنَ السُّلْطَانِ، وفِي غَيْرِهِ قَوْلانِ

هي لابن أبي زيد، وابن الكاتب، وابن محرز، قالوا: اتفق قول مالك على أن بيع السلطان بيع براءة، كان البيع يسيراً أو كثيراً، أو أن العيب اليسير تصح البراءة منه، كان البائع سلطاناً أو غيره.

ابن الكاتب: وإنما كان كذلك؛ لأنه حكم منه بالبيع. وبيع البراءة مختلف فيه، فإذا حكم السلطان بأحد أقوال العلماء، لم ترد قضيته عند من يرى خلاف رأيه فيما حكم به. المازري: وفيه نظر، فإن السلطان لم يتعرض في البيع إلى خلاف ولا وفاق، ولا قصد فيه إلى حكم بإنفاذ بيع على البراءة لينفذ حكمه، وإنما فعل ذلك لما أوجبه الشرع عليه. ونسب للمغيرة أن اليسير الثلث فدونه، لكن لم أر له أن بيع السلطان بيع براءة.

قوله: (**وفِي غَيْرِهِ**) أي: وفي غير ما ذكر، وهو الكثير من غير قول السلطان قولان.

فَأَمَّا فِيمَا عُلِمَ فَلا تُفِيدُ

أي: أن الأقوال المتقدمة في الطريقين إنما هي فيما لم يعلم البائع به، وأما ما علمه من العيوب فلا يفيد البراءة حينئذ اتفاقاً.

فَلَوْ بَاعَ بِحَدَثَانِ مِلْكِهِ، فَالْمَشْهُورُ: لا تُفِيدُ

قال في المدونة في التجار يقدمون بالرقيق فيبيعونه بالبراءة ولم تطل إقامته عندهم، قال: هؤلاء يريدون أن يذهبوا بأموال الناس باطلاً لا تنفعهم البراءة. والشاذ لعبد الملك قياساً على السلطان.

وَبَيْعُ السُّلْطَانِ عَلَى تَفْرِيعِ الْبَرَاءَةِ لا يُحْتَاجُ إِلَى اشْتِرَاطِهَا

يعني: حيث فرعنا على أن بيع السلطان بيع براءة، فالحكم يقتضيها ولا يحتاج في إثباتها إلى شرط. وظاهر كلامه: أن هذا مقصور على الحاكم، وحكى غيره هذا القول فزاد مع السلطان أهل الميراث، وزاد فيه أيضاً أن البراءة لا تنفع في غيرهما ولو اشترطت.

وَلَوْ ظَنَّ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ غَيْرُهُ، فَقَوْلانِ: الْخِيَارُ، واللُّزُومُ

أي: وإذا فرعنا على أن بيع الحاكم بيع براءة، فظن المشتري أن البائع غير القاضي، ففي المدونة: له الخيار بين أن يرد أو يحبس بلا عهدة. وقال ابن حبيب: يلزمه وإن لم يذكر متوليه أنه بيع ميراث أو فلس. وكأنه رأى أن بيع ذلك لا يخفى، فلا يقبل دعواه الجهل.

وإِذَا تَبَرَّأَ مِنْ عَيْبٍ لَمْ يَنْفَعْهُ حَتَّى يَعْلَمَ بِمَوْضِعِهِ، وجِنْسِهِ، ومِقْدَارِهِ، ومَا فِي الدَّبَرَةِ مِنْ نَغْلٍ وغَيْرِهِ، وكَذَلِكَ لَوْ أَجْمَلَ كَسَرِقَةِ الْعَبْدِ أَوْ إِبَاقِهِ، فَيُوجَدُ يَنْقُبُ، أَوْ قَدْ أَبِقَ مِنْ مِصْرَ إِلَى الْمَدِينَةِ ....

لما تكلم على البراءة العامة في جميع العيوب أخذ يتكلم على البراءة من عيب معين، أو تقول: لما تكلم على البراءة مما لم يعلم تكلم فيما يعلم. ثم لا يخلو إما أن يتفاوت العيب في نفسه بالقلة والكثرة أو لا، فبراءة الثاني تسميته كقطع اليد مثلاً والعور. والأول لا ينفعه إلا بثلاثة شروط:

أولها: أن يقول هو به. **ابن المواز:** ولا ينفعه لو أفرده، فقال: أبيعك بالبراءة من كذا حتى يقول: إن ذلك به. ورأى ابن يونس العيب يبرأ إذا أفرده بالذكر، سواء قال ذلك العيب به أو لا.

ثانيها: أن يطلعه على ما يعلم من حاله بشهادة، أو خبر يقوم مقامها.

ثالثها: أن لا يحملها مع غيره، ففي المدونة وغيرها: وإن تبرأ إليه من عيوب بعضها فيه وبعضها ليست فيه لم تنفعه البراءة، وللمبتاع الرد بما اطلع عليه مما سمى له ولم يره إياه. وعلل ذلك بأنه لما ذكر له ما ليس فيه اعتقد المبتاع أن جميع ما ذكر كذلك، فكان بمنزلة من لم يتبرأ من عيب.

قوله: (**حَتَّى يَعْلَمَ بِمَوْضِعِهِ**) لأنه يغتفر بموضع دون آخر، (**وجِنْسِهِ**) لأنه يختلف اختلافاً كثيراً، ولو لم يبينه كان العقد فاسداً، (**ومِقْدَارِهِ**) لأن القدر يختلف. واختلف إذ باع ولم يبين قدره، فقال ابن القاسم عن مالك: البيع ثابت، فإن ظهر على الفاحش من ذلك فله الرد. وقال أشهب: يفسخ البيع، قاله في الدبرة، والكي، والقروح، والجراحات. وقول ابن القاسم أحب إلي؛ لأن أشهب وافق في مسألة الإباق أن البيع ثابت وله الرد.

وقوله: (**ومَا فِي الدَّبَرَةِ مِنْ نَقْلٍ**). **الجوهري**: الدبرة بالتحريك واحدة الدبر والأدبار، مثل: شجرة وشجر وأشجار، يقول منه دبر بالكسر وأدبره القتب. قال: وبرئ الجرح، وفيه شيء من نقل بالتحريك أي فساد.

وعطف مسألة الدبرة على ما تقدم، والعطف يقتضي المغايرة، وكان ينبغي أن يجعلها مثالاً لما تقدم؛ لأنها راجعة إلى بيان القدر.

وإِذَا فَاتَ الْمَبِيعُ حِسّاً بِتَلَفٍ، أَوْ حُكْماً بِعِتْقٍ، أَوِ اسْتِيلادٍ، أَوْ كِتَابَةٍ، أَوْ تَدْبِيرٍ فَاطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ تَعَيَّنَ الأَرْشُ، فَيُقَوَّمُ سَالِماً ومَعِيباً، ويَأْخُذُ مِنَ الثَّمَنِ نِسْبَةَ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ ....

[٤٧٣/ب] هذا هو المانع الثاني، وتصوره واضح. ومثال التقويم: لو كان العبد يساوي صحيحاً مائة ومعيباً ثمانين، فيرجع عليه بخمس الثمن؛ لأن نسبة العشرين إلى المائة الخمس. فلو كان الثمن مائتين رجع عليه بأربعين؛ لأنه صار لكل عشرين من القيمة أربعون من الثمن. والأرش، قال ابن قتيبة وغيره: مأخوذ من قول العرب أرشت بين

الرجلين تأريشاً، إذا أغريت أحدهما على الآخر وأوقعت بينهما الخصومة. فسمى نقص السلعة أرشاً؛ لكونه سبباً للتأريش وهو الخصومة.

وإِنْ كَانَ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِذَا عَادَ إِلَى يَدِهِ رَدَّهُ. وقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ خَلَّصَهُ عَاجِلاً ....

أي: فإن تعذر رد عين المبيع مع بقاء عين الملك فيه لتعلق حق آخر،كما لو أجرها أو رهنها ثم اطلع فيها على عيب وهي بيد المستأجر أو المرتهن، فقال ابن القاسم في المدونة: يبقى الأمر في العيب موقوفاً حتى يفتكها من الإجارة أو الرهن. فإن خرجت من الإجارة والرهن وهي على حالها ردها، وإن فاتت أو تغيرت حكم فيها بحسب ما يقتضيه المذهب في ذلك من القلة، والكثرة، والتوسط.

وقال أشهب أيضاً في المدونة: إن افتكه حين علم بالعيب فله رده، وإلا كان فوتاً فيرجع بالأرش.

ووقع في أكثر النسخ -وهي: نسخة **ابن راشد، وابن عبد السلام**-: فقال ابن القاسم: إذا عاد في نحو الشهر رده. واعترض **ابن عبد السلام** عليها من أجل أن ما ذكره عن ابن القاسم مخالف لما تقدم. وذكر الباجي عن ابن القاسم الفرق بين اليسير والكثير كما ذكره المصنف، لكنه لم يقيده بالشهر، وإنما قيده ابن حبيب، فقال: إن كان أجل ذلك قريباً كالشهر ونحوه فليؤخر إلى انقضائه وهو على أمره، فإن بعد كالأشهر والسنة فهو كالفوت، ويرجع بقيمة العيب إلا أن يفتكها معجلة.

أبو محمد: وهذا خلاف قولي ابن القاسم وأشهب.

فَإِنْ تَعَذَّرَ الرَّدُّ لِعَقْدٍ آخَرَ، فَإِنْ كَانَ لِغَيْرِ مُعَاوَضَةٍ فَالأَرْشُ

أي: كالهبة والصدقة، وهذا هو المشهور. وروى زياد عن مالك: أنه إذا تصدق به أو أعتقه أن ذلك فوت، ولا رجوع له بقيمة العيب، ولعله يقول مثل ذلك في الهبة. وعلى

المشهور، فقال سحنون، وعيسى في العتبية: يكون الأرش للمتصدق لا للمتصدق عليه. واختلف إذا وهبه لابن له صغير، فقال ابن حبيب: ذلك فوت. وقال ابن الكاتب: ليس بفوت؛ إذ له الاعتصار.

فَإِنْ كَانَ بِمُعَاوَضَةٍ مَعَ الْبَائِعِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ، فَلا كَلامَ لَهُ

يعني: فإن اطلع المشتري على عيب في المبيع بعد أن أحدث فيه عقد معاوضة مع بائعه، فإن باعه بمثل الثمن الأول فلا كلام للمشتري على البائع؛ لأن ثمنه قد رجع إليه.

وإِنْ كَانَ بِدُونِهِ اسْتَتَمَّ

كما لو اشتراه بمائة ثم باعه للبائع بثمانين ثم اطلع على العيب، فله أن يرجع بعشرين تمام الثمن الأول. وفي الرجوع إذا لم يكن البائع مدلساً نظر؛ لإمكان أن يقال: إن المشتري إما أن يعلم بالعيب حين البيع أو لا، فإن علم فقد رضي، وإن لم يعلم فالنقص ما كان لأجل العيب وإنما كان بحوالة الأسواق. وهذه حجة ابن القاسم إذا باعه من أجنبي. وعلى هذا فلا يبعد أن يخرج في هذه المسألة الأقوال الآتية في البيع من أجنبي. والله أعلم.

وإِنْ كَانَ بِأَكْثَرَ، فَإِنْ كَانَ مُدَلِّساً فَلا كَلامَ لَهُ، وإِنْ كَانَ غَيْرَ مُدَلِّسٍ رَدَّ ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ ....

أي: وإن كان المشتري قد باعه من بائعه بأكثر مما اشتراه به، فإن كان البائع أولاً مدلساً فلا كلام له لأنه رضي. وإن كان غير مدلس رد على المشتري، ثم للمشتري أن يتماسك أو يرد. مثاله: لو اشتراه بعشرة ثم باعه البائع بخمسة عشر، فله أن يرد ويأخذ خمسة عشر.

وإنْ كَانَ مَعَ غَيْرِ الْبَائِعِ ونَقَصَ، فَثَلاثَةٌ فِي الْمُوَطَّأِ: يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ، ورُوِيَ: يَرْجِعُ بِالأَقَلِّ مِنَ النَّقْصِ وقِيمَةِ الْعَيْبِ إِنْ كَانَ نَقَصَ، وفِيهَا: لا كَلامَ لَهُ ....

أي: وإن كان العقد بمعاوضة مع غير البائع ونقص الثمن في هذه المعاوضة عما كان اشتراه، فثلاثة أقوال:

الأول: يرجع بقيمة العيب، قاله مالك في المختصر، واختاره محمد بن عبد الحكم وزعم أن هذا مذهب مالك في موطئه؛ لقوله فيه: إذا فات العبد بوجه من وجوه الفوت فللمشتري الرجوع بقيمة العيب. قال محمد: والبيع فوت. قال في التلقين: وهذا هو الصحيح.

الثاني رواه أشهب عن مالك: أنه يرجع بأقل الأمرين من نقص الثمن أو قيمة العيب؛ لأنه إن كانت قيمة العيب أقل فأخذها فلا مقال له، كما لو كان سليماً. وإن كان الذي نقصه أقل فأخذه فلا مقال له؛ لأنه لو لم ينقص ثمنه لم يرجع بشيء، وهو قول أشهب، واختاره ابن حبيب، وروي أيضاً عن مالك. وقوله: (**إِنْ كَانَ نَقَصَ**) تكرار؛ لأن فرض المسألة مع النقص.

والقول الثالث في المدونة: لا يرجع بشيء إلا أن ترجع إليه السلعة فله ردها. واحتج بأن المشتري إن كان عالماً بالعيب حال البيع فقد رضي، وإلا فالنقص إنما كان بحوالة السوق لا للعيب، واختاره ابن المواز، وقال: إلا أن يكون نقص من أجل العيب، مثل: أن يبيعه بالعيب وهو يظن أنه حدث عنده ولم يعلم أنه كان عند بائعه، أو يبيعه وكيل له ويظن [٤٧٤/ أ] ذلك فيرجع عليه بالأقل، كقول أشهب.

وظاهر كلام ابن يونس: أن قول محمد تقييد لقول ابن القاسم، وبذلك صرح غيره. ولم يذكر ابن الجلاب ذلك على أنه تقييد، بل قال: ولو باعه ثم ظهر بعد البيع على عيب لم

يرجع على البائع بشيء. وقيل: بيعه كموته وعتقه، ويرجع على البائع بأرشه. وقد قيل: إن كان قد نقص من ثمنه لأجل عيب وظن أن العيب حدث عنده، ثم علم أنه كان قديماً عند بائعه، أن له أن يرجع بأرش العيب عليه.

وقيد المصنف المسألة بالنقص؛ لأنه لو باع بمثل الثمن الأول فأكثر، فأحرى ألا مقال له على قول ابن القاسم، وكذلك لا مقال له على قول أشهب. وأما على ما نسب للموطأ فله قيمة العيب؛ لأنه جعل خروج المبيع من يد مشتريه بالبيع كخروجه بالهبة وشبهها.

فَإِنْ عَادَ إِلَيْهِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ، أَوْ بِمِلْكٍ مُسْتَأْنَفٍ مِنْ بَيْعٍ، أَوْ هِبَةٍ، أَوْ إِرْثٍ فَلَهُ الرَّدُّ. وقَالَ أَشْهَبُ فِي الْبَيْعِ: يُخَيَّرُ فِي رَدِّهِ عَلَى الْبَائِعِ الأَوَّلِ أَوْ رَدِّهِ عَلَى الْمُشْتَرِي الثَّانِي، فَإِنْ رَدَّهُ رَدَّهُ ....

أي: فإن عاد إلى البائع الثاني الذي هو مشتر أولاً، فإن رد عليه بعيب فله رده على البائع الأول، ولا يخالف أشهب في هذا الوجه. وأما إن رجع إليه بغير الرد بالعيب، بل بملك مستأنف من بيع، أو هبة، أو ميراث، فقال ابن القاسم في المدونة: له الرد بالعيب على البائع الأول.

وقال أشهب: إن رجع إليه ببيع خير بين ما قاله ابن القاسم وبين أن يرده على الذي اشتراه منه آخراً؛ لأنه صار بائعاً، فإن رده على الأول أخذ منه الثمن الأول، وإن رده على المشتري الأخير أخذ منه الثمن، ثم يخير المشتري الأخير بين أن يتماسك به فيتم العمل، أو يرده على المشتري الأول، فإن رده عليه فله أن يرده على البائع الأول. وهذا معنى قوله: (، **فَإِنْ رَدَّهُ رَدَّهُ**) أي: فإن رده المشتري الأول على المشتري الثاني رده المشتري الثاني على المشتري الأول إن شاء، ثم يرده المشتري على البائع الأول إن شاء.

وظاهر قول ابن القاسم في المدونة: أنه يرد على البائع، سواء قام عليه بالعيب قبل أن يرجع إليه المعيب أم لا.

وقال ابن حبيب: إن كان قام عليه قبل أن يرجع فحكم له بعدم الرجوع لخروجه من يده بمثل الثمن فأكثر فلا قيام له. أبو محمد: وهو بعيد من أصولهم. ابن يونس: لأنه إنما منع من القيام عليه لعلة وقد ارتفعت.

وَالسُّكُوتُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ وَالْفِعْلُ الدَّالُّ عَلَى الرِّضَا كَالْقَوْلِ

هذا هو المانع الثالث، وهو ظهور ما يدل على الرضا به من السكوت عن القيام به ولا مانع من خوف ونحوه، أو فعل دال على الرضا كما سيأتي.

وشبه السكوت والفعل بالقول؛ لأنه أصرح منهما. وهذا لأن الرد بالعيب على الفور، ويبطل بالتأخير من غير عذر؛ إذ الأصل في البيع اللزوم، فإذا تمكن من الرد وتراخى عنه لزمه. قال في المدونة: إلا أن يكون كاليوم ونحوه بعد أن يحلف أنه ما كان منه رضا.

ابن عبد السلام: وما ذكره من أن السكوت يدل على الرضا هو ظاهر المذهب، وإن كان بعض الشيوخ يذكر اختلافاً في السكوت هل يتنزل منزلة النطق؟ والذي تدل عليه مسائل المذهب: أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق، فإنه يقوم مقام النطق. نعم يقع الخلاف في المذهب في فروع، هل حصل فيها دلالة أم لا؟

فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ غَائِباً أَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ، فَإِنْ عَجَزَ أَعْلَمَ الْقَاضِيَ فَتَلَوَّمَ ثُمَّ قَضَى عَلَيْهِ بَعْدَ أَنْ يُثْبِتَ الْعُهْدَةَ ....

أي: فإن كان البائع حاضراً معه في البلد رد عليه، وإن كان غائباً أشهد شاهدين أنه لم يرض بالعيب، ورد عليه إن أمكن بأن تكون غيبته قريبة أو له وكيل حاضر. فإن عجز عن الرد لبعد الغيبة رفع إلى القاضي فيثبت عنده الشراء وصحته وصحة ملك البائع إلى حين البيع، وأنه اشترى على بيع الإسلام وعهدته -أي: على حقه في العيب والاستحقاق- وليس مراده عهدة الثلاث أو السنة.

وهذا الشرط وقع في المدونة وقيده بما إذا لم يرد أن يحلف؛ لأن القول قول المشتري مع يمينه على نفي البراءة.

وفصل اللخمي، فقال: إن كانت العادة البيع على البراءة لم يحكم له بالرد إلا أن يثبت أنه ابتاع إلى العهدة، وإن كانت العادة العهدة أو لا عادة بواحد منهما، فهو على العهدة ويستظهر عليه باليمين.

ابن لبابة، وابن رشد وغيرهما: ويثبت يوم التبايع؛ لأن العيوب تقدم وتحدث.

وقوله: (**فَتَلَوَّمَ**) أطلق في التلوم، وقيده في المدونة في كتاب العيوب بأن يكون بعيد الغيبة وطمع في قدومه.

ابن بطال: تلوماً يسيراً. ولم يذكر في المدونة في باب التجارة لأرض الحرب وباب القسم تلوماً.

المتيطي: وحمل ذلك غير واحد من الشيوخ على الخلاف.

خليل: ولا يبعد حمله على الوفاق، والذي اعتمد عليه أصحاب الوثائق التلوم. قال في المدونة: ولا يعجل بالقضاء على قريب الغيبة.

واختلف الشيوخ إذا قالت البينة لا نعلم مكانه، هل يكون ذلك كشهادتهم ببعد الغيبة ويقضى عليه وهو قول ابن مالك القرطبي، أو ذلك بمنزلة الغيبة القريبة فلا يقضى عليه وهو قول ابن سهل؟ والأول أصوب، وهو الذي تدل عليه المدونة والمسائل، وساق مسائل تدل على ما ذكره [٤٧٤/ ب] من أن مجهول الغيبة بمنزلة بعيدها. وما تقدم من أنه لابد من إثبات صحة الشراء كذلك هو في المدونة، وقيده بما إذا لم يرد أن يحلف. فضل: لأن وجوب اليمين في العهدة آكد منها في هذا؛ لأن البينة إذا شهدت بصحة العقد يكون وقوع الفساد بعيداً بخلاف البراءة؛ لإمكان أن يكون أبرأه بعد. ويثبت أيضاً أنه نقد الثمن، وأنه كذا وكذا إن أراد أخذه، قاله في المدونة.

ابن رشد وغيره: إلا أن يكون قد مضى من المدة ما لو أنكر البائع القبض كان القول قوله مع يمينه أنه قد دفعه إليه، وذلك العام والعامان على ما ذهب إليه ابن حبيب، والعشرون عاماً ونحوها على ما ذهب إليه ابن القاسم.

ويثبت وجود العيب الذي يوجب الرد، وأنه أقدم من أمد التبايع، قالوا: ويحلف على أنه بيع صحيح وأنه لم يبرأ منه، وأنه ما اطلع عليه بعد البيع ورضيه، ولا استخدم العبد بعد اطلاعه على العيب.

وتَصَرُّفُ الْمُضْطَرِّ - كَالْمُسَافِرِ عَلَى الدَّابَّةِ - لَيْسَ بِرِضاً، خِلافاً لأَشْهَبَ

لما قدم أن التصرفات الاختيارية تدل على الرضا تكلم على ما لا يدل على ذلك كالتصرف حال الاضطرار، ومثل ذلك بالمسافر يطلع على عيب في الدابة فيتمادى على ركوبها، وفي معناه الحمل عليها.

وقوله: (**لَيْسَ بِرِضاً**) هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في العتبية، وبه أخذ أصبغ وابن حبيب لأنه كالمكره، قال في هذه الرواية: وليس عليه شيء في ركوبها بعد علمه، ولا عليه أن يكتري غيرها ويسوقها وليركب، فإن وصلت بحالها ردها، وإن عجفت ردها وما نقصها، أو يحبسها ويأخذ قيمة العيب.

قال في البيان: ولا يجب عليه الرجوع بها إلا أن يكون قريباً لا مؤنة عليه في الرجوع، ويستحب له أن يشهد أن ركوبه إياها ليس برضا منه بالعيب، فإن لم يفعل لم يضره ذلك. وقال أشهب في الموازية، ورواه عن مالك: أن حمله عليها رضا كالإقامة، وبه قال ابن عبد الحكم. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**خِلافاً لأَشْهَبَ**).

ووقع في بعض النسخ بعد قوله: (**لَيْسَ بِرِضاً**)، (لأنه غلبة) وهو تعليل لا يحتاج إليه؛ لأن المضطر يغني عنه. ونقل في البيان عن ابن كنانة: إذا وجد العيب بالدابة في سفر

فليشهد عليه ويردها ولا يركبها في ردها، إلا أن يكون بين قريتين فيبلغ عليها إلى القرية ليشهد. وعن ابن نافع: أنه لا يركبها ولا يحمل عليها، إلا أن لا يجد من ركوبها والحمل عليها بداً في السفر، فليشهد على ذلك ويركب أو يحمل إلى الموضع الذي لا يجوز له أن يركبها. **يعني**: حتى يجد حكماً وبينة تشهد له بذلك الموضع بما يستوجب ردها، قال: فاعرف أنها ثلاثة أقوال. وعلى هذا فيتحصل فيها بقول أشهب أربعة أقوال.

وما لا يَنْقُصُهُ – كَالدَّارِ– لَيْسَ بِرِضاً؛ لأَنَّهُ غَلَّةٌ

أي: إذا اشترى داراً فسكنها واطلع على عيب بها وبائعها غائب أو حاضر، فله التمادي على السكنى من غير هدم.

المازري وغيره: ولا يلزمه إخلاؤها، بل يبقى على استعمالها وهو يخاصم؛ لأن ذلك غلة وخراج، والخراج بالضمان وضمانها منه. **اللخمي**: والغلة له حتى يحكم بالفسخ.

وقوله: (**لأَنَّهُ غَلَّةٌ**) جواب عن سؤال مقدر، كأن قائلاً يقول: فإذا لم يكن سكناه دليلاً على الرضا وهو قد سكن عالماً بالعيب عازماً على الرد، فينبغي أن يرد الكراء. فأجاب: أنها غلة والخراج بالضمان، وليس مراده تعليل تمادي السكنى بالغلة؛ لأن ذلك منقوض بالثوب والعبد ونحوهما.

ويحتمل أن تكون غلة موصوفاً حذفت صفته، والتقدير: أنه غلة غير منقصة، ودل على هذا المحذوف صدر المسألة وهو قوله: (**ومَا لا يَنْقُصُهُ**) وعلى هذا فتكون العلة في حصول الرضا الاستغلال المنقص.

بِخِلافِ الْعَبْدِ والدَّابَّةِ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَيَنْزِلُ عَنِ الدَّابَّةِ مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ قَوْدُهَا

أي: أن الحكم في العبد والدابة ونحو ذلك كالثياب مخالف للدار؛ لأن العبد والدابة يغيرهما الاستعمال. ومراده في حق الحاضر؛ لجعله هذا قسيماً للمسافر.

والشاذ لابن حبيب: لا بأس أن يركب الدابة في مكانه بالمعروف إذا ألجأه البائع إلى الخصومة حتى يحكم له بردها؛ لأن عليه النفقة ومنه الضمان، وكذلك الجارية والعبد له أن يستخدمهما بالمعروف. واتفق على أنه إن لبس الثوب أو وطأ الجارية أن ذلك رضًا؛ لأن اللبس ليس غلة وهو ينقص الثوب، والوطء لا يحل في أمة لا يختار إمساكها.

وقوله: (**فَيَنْزِلُ عَنِ الدَّابَّةِ**) تفريع على المشهور، وتبع المصنف في هذا ابن شاس، وهو مخالف لظاهر قوله في العتبية. وأما الحاضر فإن ركبها ركوب احتباس لها بعد أن علم بالعيب لزمه، وذلك رضًا. وأما إن ركبها ليردها وشبه ذلك، فلا شيء عليه.

وفي البيان: وأما الحاضر فليس له أن يركبها بعد وجود العيب بها إلا في ردها.

وفيما ذكره المصنف حرج؛ إذ نزول ذي الهيئة عن الدابة وقودها عليه من أعظم الحرج، والظاهر: أن له ركوبها إلى منزله، ويمكن حمل كلام المصنف عليه بأن يقال، قوله: (**مَا لَمْ يَتَعَذَّرْ قَوْدُهَا**) معناه: سواء كان تعذر القود من جهتها أو من جهة المشتري؛ لأن المشتري إذا كان من ذوي الهيئات يتعذر عليه قودها.

وَإِذَا زَالَ الْعَيْبُ مُنِعَ الرَّدُّ، إِلا فِيمَا لَهُ عَلَقَةٌ كَالطَّلاقِ، وَاحْتِمَالِ عَوْدِ الْبَوْلِ

هذا هو المانع الرابع؛ أي: إذا زال العيب قبل القيام به فلا رد له؛ لأن [٤٧٥/ أ] العلة في تخيير المشتري في الرد وجود العيب، فإذا زال العيب على وجه تؤمن معه العودة فيزول التخيير. ثم استثنى ما له علقة كطلاق العبد؛ لبقاء التشوف بعد الطلاق للزوجة، وما لم تؤمن عودته كالبول في الفراش، وهكذا قال ابن القاسم. وقال أشهب: إن انقطع انقطاعاً بيناً كالسنين الكثيرة فليس بعيب، وإن كان اليسيرة فهو عيب.

وحمل اللخمي قول أشهب على الخلاف، وقال ابن محرز: إذا تحقق الانقطاع فابن القاسم يوافق أشهب، ورأى أن الخلاف بين ابن القاسم وأشهب إنما هو للاختلاف في

الصورة. وقال الباجي: يحتمل أن يكون قول ابن القاسم وأشهب في ذلك واحداً إذا انقطع عنها العشرة أعوام ونحوها. ولم يذكر المصنف في الطلاق خلافاً. وذكر فيه ابن رشد وفي الموت ثلاثة أقوال:

أحدها لمالك: أنه لا يذهب بذلك لاعتياده بالزوجة، وكذلك الأمة لاعتيادها بالزوج، والطلاق أشد لما يخشى من تعلق نفسه بها وتعلق نفسها به.

الثاني لابن حبيب، وأشهب: أن العيب يذهب بالموت دون الطلاق. ابن حبيب: إلا أن تكون الأمة رائعة؛ يعني: في الموت. ابن رشد: وهو أعدل الأقوال.

الثالث: أن العيب يذهب بالموت والطلاق، تأوله فضل على المدونة من قوله: إذا اشترى الأمة وهي في عدة من طلاق فلم يعلم بذلك حتى انقضت العدة، أنه لا رد له. قال: وليس ببين؛ لاحتمال علمه بالزوجية دون العدة.

واختار التونسي أيضاً: أنه يرتفع بالموت والطلاق ليس من هذا الموضع، ولكن احتج عليه بأنه لو لم يكن كذلك لزم إذا وهبها لعبد يطأها ثم انتزعها أن عليه البيان. ابن رشد: ولعمري إن بينهما لفرقاً؛ لحق الزوجة في الوطء دون الأمة.

ابن عبد السلام: وهذا الفرق ليس ببين؛ لأن علة كون الزوجية عيباً ليس هو وطء الزوج أو الزوجة، وإنما هو تأنس العبد والأمة بالوطء، وذلك لايفترق فيه سيد من زوج.

وَتَغَيُّرُ الْمَبِيعِ الْيَسِيرِ كَالْعَدَمِ، والْمُخْرِجُ عَنِ الْمَقْصِدِ مُفِيتٌ بِالأَرْشِ، وما بَيْنَهُمَا يُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي فِي أَخْذِ أَرْشِ الْقَدِيمِ، وفِي رَدِّهِ ودَفْعِ الْحَادِثِ

لما تكلم على ما يمنع الرد مطلقاً شرع فيما يمنعه على وجه، وحاصله: أن العيب الحادث عند المشتري ثلاثة أقسام: إن كان يسيراً، فلا أثر له ووجوده كعدمه، والحمل فيه على البائع أولى؛ لأنه إما مفرط بعدم بحثه عن المبيع فكان كالمدلس، وإما مدلس.

واختلف في اليسير، فقيل: ما أثر نقصاً يسيراً في الثمن -وإليه أشار في المدونة- وقيل: ما لا يؤثر فيه نقصاً أصلاً، وإليه ذهب الأبهري.

وإن كان كثيراً يخرج المبيع بسببه عن المقصود، فيمنع من الرد؛ لأن ذهاب المنافع المقصودة منه تصيره كالعدم.

وإن كان متوسطاً خير المشتري كما ذكر؛ لأن البائع أدخله في أمرين عليه في كل منهما مشقة، فعليه في التزام المبيع مع كونه معيباً تكرهه النفوس مشقة. وكذلك في إلزامه قيمة العيب الحادث إذا رد المبيع، كما لو اشتراه بمائة ثم اطلع على عيب كان فيه وحدث به آخر، فيقوم صحيحاً بمائة، ومعيباً بالأول بثمانين وبالثاني بستين. فإما أن يرد ويعطي عشرين، أو يتماسك ويأخذ عشرين، فلو كان اشتراه بمائتين؛ لكان إما أن يرد أربعين أو يأخذ أربعين.

وبالجملة فاجعل القيمة كالميزان، ولا فرق على المشهور في العيب بين أن يكون بسبب المشتري أو من الله تعالى. وقال أبو الفرج: لا يرد لما حدث عنده إن كان حدث بأمر من الله تعالى، بخلاف ما حدث بسببه فيرد معه ما نقص. عياض: وهو خلاف أهل المذهب.

مَا لَمْ يَقبلَهُ الْبَائِعُ بِالْحَادِثِ فَيَتَعَيَّنُ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: أن تخيير المشتري بين ما ذكر مشروط بكون البائع أبا من قبول المبيع على حاله بلا أرش، فإن قبله البائع بالحادث من غير أرش ارتفع تخيير المشتري وتعين رد المعيب، إلا أن يتمسك به المشتري بغير أرش، هذا مذهب المدونة وهو الأصح؛ لأن العلة في تخيير المشتري إنما كانت لما يلزمه من الغرم للحادث، وقد ارتفع السبب وهو الغرم، فيرتفع مسببه وهو التخيير.

وقال ابن نافع، وعيسى بن دينار: التخيير باق للمشتري ولو ارتفع عنه الغرم عملاً بالاستصحاب، وهذا مقابل الأصح. وقال ابن كنانة: إن كان البائع مدلساً فالتخيير باق وإلا فلا. **عياض**: وهو جيد في الفقه.

هَذَا أَصْلُ الْمَذْهَبِ، والْمُخْتَلَفُ فِيهِ لِتَحَقُّقِهَا

أي: ما ذكره من التقسيم هو الأصل في المذهب، وإن اختلف في شيء فإنما هو خلاف في تحقيق مناط، هل هو من هذا أو من هذا.

فَفِيهَا: الْوَعَكُ، والرَّمَدُ، والْحُمَّى مِنَ الأَوَّلِ. ورَوَى أَشْهَبُ: مِنَ الثَّالِثِ

أي: من الأول. **يريد**: ولا شيء عليه. و(**مِنَ الثَّالِثِ**) أي: يخير. وليس في المدونة الوعك. وتبع المصنف في نسبة الوعك للمدونة المازري وابن شاس، ولعلهما رأيا أنه في معنى الحمى. وألحق فيها الكي، والدماميل، والصداع، وذهاب الظفر. قال فيها: وأما زوال الأنملة ففي الوخش خاصة.

وحمل الباجي قول ابن القاسم في الحمى على الخفيفة دون ما أضعف ومنع التصرف.

واختار اللخمي أن يوقف في الرمد والحمى حتى ينظر مآل أمرهما، كقول ابن كنانة في مرض العبد الحادث عند المشتري: أنه يوقف حتى ينظر هل يصح أو يموت. وقال ابن القاسم: يرده إلا أن يكون مرضاً مخوفاً.

ابن عبد السلام: ولم أقف على ذكر [٤٧٥/ ب] الرمد في رواية أشهب، وإنما نقل الباجي عنه الوعك والحمى ولم يذكر ذلك رواية، وإنما ذكره عن أشهب.

وفِيهَا: الْعَمَى والشَّلَلُ مِنَ الثَّالِثِ. وقَالَ ابْنُ مَسْلَمَةَ: مِنَ الثَّانِي

صرح المازري بمشهورية ما في المدونة، وقول ابن مسلمة أظهر؛ لأن العمى والشلل يبطلان المنفعة، وهذا هو تأويل الجمهور. وتأول عياض المدونة على الوفاق لقول ابن مسلمة، وقال: لا شك أن العمى فوت، وإنما ذكره أول الباب في العيوب المفسدة. خليل: وفيه بعد من جهة اللفظ، لكنه الظاهر من جهة المعنى.

وفِيهَا: كِبْرُ الصَّغِيرِ مِنَ الثَّانِي، وقِيلَ: مِنَ الثَّالِثِ

تصوره واضح، فرأى في المدونة أن كبر الصغير يصير نوعاً آخر، والقول الآخر لمالك في الموازية.

وعَجَفُ الدَّابَّةِ مِثْلُهُ، وهِرَمُ الرَّقِيقِ مِثْلُهُ، وقِيلَ مِنَ الأَوَّلِ

مقتضى كلامه أن المشهور في هرم الرقيق وعجف الدابة أنهما مفيتان؛ لأنه شبههما بكبر الصغير، وهو صحيح في الهرم، فإن المشهور -وهو مذهب المدونة- أنه فوت. وكذلك ذكر في الجواهر أيضاً في عجف الدابة، فقال: اختلف في عجف الدابة وهرم العبد والأمة.

فالمشهور: أن ذلك من الضرب الثالث، ورآهما ابن مسلمة من الضرب الأول. والضرب الأول في كلامه هو الثاني في كلام المصنف، والأول في كلامه هو المفيت. وكذلك نص اللخمي على إلحاقه بالهرم، لكنه شرط فيه أن لا يرجى ذهابه، وفيه شيء، فقد قال أصبغ: لم يختلف قول مالك أن عجف الدابة مما يخير فيه المشتري.

وزاد المصنف في الهرم قولا ثالثا: بأنه من الأول؛ أي: فيرد ولا شيء عليه إن تمسك ولا شيء له. وهذا لم أقف عليه ولا حظ له في النظر. وكذلك قال ابن راشد: إنه لم يقف عليه.

فرع:

وما حد الهرم ؟ ذكر أبو بكر الأبهري عن مالك: أن ذلك إذا ضعف وذهبت قوته ومنفعته أو أكثرها. وقال عبد الوهاب: إذا هرم هرماً لا منفعة فيه فإنه فوت.

الباجي: والصحيح عندي إذا ضعف عن منفعته المقصودة ولم يمكنه الإتيان بها، أن ذلك فوت ويرجع بقيمة العيب.

ووَطْءُ الثَّيِّبِ مِنَ الأَوَّلِ، وقِيلَ: مِنَ الثَّانِي. وافتِضَاضُ البِكْرِ مِنَ الثَّالِثِ

القول بأن وطء الثيب من القسم الأول هو المشهور عن مالك وأصحابه، قاله المازري. والقول الثاني لابن وهب، وابن نافع، وأصبغ.

وأما وطء البكر: فهو عند مالك من الثالث. وقيده الباجي بالعلي، وأما الوخش فذلك لا ينقصها بل يزيدها. وهكذا نقل المازري عن بعض المتأخرين أنه قال: لا شيء عليه في وطء الوخش.

وتَزْوِيجُ الأَمَةِ مَشْهُورُهَا مِنَ الثَّالِثِ

أي: أن من اشترى أمة فزوجها ثم اطلع على عيب قديم، ففيها ثلاثة أقوال:

الأول: أنه من القسم الأول، فيرد ولا شيء عليه، أو يتمسك ولا شيء له. نقله المازري عن بعض المتأخرين، وأخذه أيضا من قول ابن القاسم في العتبية: أنه إذا اشترى جارية ثم اطلع فيها على عيب بعد أن تزوجها وولدت، أنه إن اختار ردها بالعيب لم يرد قيمة عيب النكاح الحادث عنده. قال: إلا أن يقال: إنما قال ذلك لزيادة الولد، فيكون ولدها جبر عيب النكاح.

القول الثاني: أنه من المفيت. وهذا أجراه اللخمي على قول ابن مسلمة، فقال: وعلى قول ابن مسلمة في العبد إذا عمي أو ذهبت يده يكون النكاح فوتاً ويرجع بقيمة العيب

ولا يرد؛ لأن النكاح يبطل الغرض منها إن كانت من جواري الوطء، وإن كانت من الوخش فمن أجل تردد الزوج إليها أو ترددها إليه، وإن شرط الزوج أن يتبوأ بيتاً فأبين.

والقول الثالث، وهو المشهور: أنه من القسم الثالث.

وَفِي جَبْرِهِ بِوَلَدٍ قَوْلانِ

يعني: إذا فرعنا على المشهور فولدت، فهل يجبر الولد عيب التزويج؟ قال ابن القاسم في المدونة: يجبره ويرد ولا شيء عليه. وقال مالك، وأشهب: لا يجبره. وأكثرهم يصوب قول مالك وأشهب؛ لأن قول ابن القاسم يشبه قول الشافعي: أن الولد غلة. ورد ذلك اللخمي: بأنه لم يحكم بذلك؛ لأنه لا خلاف أن ولد الحرة من العبد حر، وولد الأمة من الحر عبد، وولد المعتق بعضها بمنزلتها، وولد المدبرة مدبر. ولو كان الولد غلة لبطل ذلك، وإنما رآه من باب: «**لا ضرر ولا ضرار**»؛ لأن الأم إذا عادت بالولد على مثل القيمة الأولى لم يكن عليه ضرر. وعلى الجبر، فالذي فهمه الأكثر وهو الصحيح: أنه إنما يجبر إذا كانت قيمة الولد تساوي قيمة عيب النكاح فأكثر، وأما إن كانت قيمة الولد أنقص، فلابد أن يرد مع الولد ما بقي. وفهم ابن المواز أن ابن القاسم يقول: إن الولد يجبر وإن كانت قيمته أنقص، وجعل ذلك سبب رجحان قول أشهب.

وحَادِثُ بَيْعِ التَّدْلِيسَ إِنْ كَانَ مِنَ التَّدْلِيسِ - كَقَطْعِ يَدِهِ مِنَ السَّرِقَةِ، وقَتْلِهِ مِنْ حِرَابَةٍ، ومَوْتِهِ مِنْ حُمَّى، أَوْ كَانَ سَمَاوِيّاً، أَوْ بِتَصَرُّفٍ مُعْتَادٍ فِي مِثْلِهِ، وهُوَ مِنَ الثَّالِثِ فِيهِمَا - فَهَدَرٌ، وإِلا فَتَخْيِيره

يعني: أن من اشترى شيئا رقيقا أو غيره دلس له البائع بعيب فيه فحدث بسبب العيب في المبيع حادث، ومثله بثلاث صور؛ **الأولى**: أن يكون البائع دلس بعيب السرقة فسرق عند المشتري فقطعت يده. **الثانية**: أن يدلس بعيب الحرابة فيقتل بها. **الثالثة**: أن يدلس بالحمى فيموت بها.

قوله: **(أَوْ كَانَ سَمَاوِيّاً)** اسم كان عائد على الحادث؛ أي: لم يحدث بسبب عيب التدليس، كما لو دلس بالإباق [٤٧٦/ أ] فأبق فمات. وهذا مقيد بأن يكون الحادث في زمان عيب التدليس كما مثلنا. وما ذكره المصنف في السماوي: من أن المشتري يرجع بجميع الثمن، هو المشهور؛ لأن الإباق هو الذي حال بينه وبين منافعه.

وقال ابن دينار: يرجع بأرش الإباق خاصة، بخلاف ما لو هلك بسبب الإباق، كما لو اقتحم نهراً فهلك، أو تردى فهلك، أو دخل موضعاً فنهشته حية. ابن حبيب: وبالمشهور قال جميع أصحاب مالك.

قوله: **(أَوْ بِتَصَرُّفٍ مُعْتَادٍ)** كما لو اشترى مقطعاً فقطعه قميصاً أو سراويلات، ولو قطعه قلانس لكان تصرفاً غير معتاد. وأطلق في التصرف المعتاد وهو مقيد بألا ينتفع به، وأما لو انتفع به، مثل: أن يشتري ثوباً فيلبسه لبساً ينقصه، فإنه يرد مع الثوب قيمة اللبس؛ لأنه صون به ماله. ولو اشترى أمة فافتضها، فالرواية أنها كاللبس. وقال ابن الكاتب: لا يلزمه قيمة الافتضاض كقطع الثوب.

قوله: **(وَهُوَ)** عائد على الحادث. وقوله: **(فِيهِمَا)** عائد على السماوي والتصرف المعتاد. وقوله: **(فَهَدَرٌ)** جواب للشرط، والجملة الشرطية جواب عن قوله: **(وحَادِثُ بَيْعِ التَّدْلِيسَ)**. والهدر: الذي لا شيء فيه.

وحاصله: أن ما حصل بسبب التدليس لا يفصل فيه، وما حدث بسماوي أو بتصرف معتاد، فإن كان من الثالث فهدر، وإلا فكغير الحادث من التدليس، ويعمل فيه على ما تقدم.

وتبع المصنف في قوله: **(وهُوَ مِنَ الثَّالِثِ)** ابن شاس، وهو قيد ليس بظاهر؛ لأن السماوي سواء كان مفيتاً أو لا يرجع فيه بجميع الثمن على المشهور كما تقدم.

وأما التصرف المعتاد: فإن لم يكن من الثالث بل من المفيت فليس بمعتاد. فالتقييد بالمعتاد يغني عن التقييد بكونه من الثالث. **فإن قلت**: هذا إنما يأتي إذا حملنا قوله: (**أو كان سماويا**) على أن ذلك السماوي حدث في زمان الإباق كما ذكرنا. ولم لا حملت ذلك على ما إذا لم يكن في زمان الإباق. **فالجواب**: لا يصح حمله على ذلك؛ لأنه مخالف للمنقول، لأن في المدونة: وما حدث من غير سبب عيب التدليس فلا يرده إلا مع ما نقصه.

فروع:

الأول: لو ادعى المدلس أن المشتري علم بالعيب ورضيه، ففي المدونة: ليس له أن يحلف المبتاع إلا أن يدعي علم رضاه لمخبر أخبره، أو يقول: قد بينته له فرضيه. قال فيها: وكذلك إن قال له احلف أنك لم تر العيب عند الشراء، فلا يمين عليه حتى يدعي أنه أراه إياه فيحلفه.

ورأى أشهب: أنه ليس له أن يحلفه وإن ادعى علم رضاه لمخبر أخبره؛ لأنه قد يكذب ليتوصل إلى غرضه، وصوبه اللخمي.

ابن أبي زمنين: وعلى الأول فيحلف أولاً البائع لقد أخبره مخبر. **بعض شيوخنا**: ويزيد مخبر صدق.

المازري: ولو ذكر المخبر وأحال على حاضر لاستغنى عن اليمين.

ابن يونس: وإن كان المخبر مسخوطاً.

الثاني: إذا أبق العبد عند المشتري بقرب الشراء، وقال المشتري للبائع: أخشى أنه لم يأبق بقرب البيع إلا وقد أبق عندك فاحلف لي. ففي المدونة: لا شيء عليه. وما جهل أمره، فهو على السلامة حتى يقوم ببينة.

اللخمي: والمسألة على ستة أوجه: إن قال: يمكن أن يكون سرق عندك أو أبق ولم يحصل ذلك عنده. أو يقول: أخبرت أنه سرق عندك أو أبق فاحلف أنه لم يثبت مثل ذلك عندك.

أو يقول: سرق عندي أو أبق فاحلف أنه لم يحدث مثل ذلك عندك. أو يعلم أنه سرق عند المشتري أو أبق، فيقول: احلف أنه لم يكن مثل ذلك عندك. أو يقول: علمته أنه حدث مثل ذلك عندك فعليه اليمين في هذا القسم؛ لأنه اجتمع فيه الوجهان ثبوت السرقة أو الإباق، ودعوى العلم أنه فعل مثل ذلك عند البائع. ولا يمين في القسم الأول، ولا خلاف في هذين، واختلف فيما سوى ذلك.

الثالث: إذا أقر ببعض العيب وكتم بعضه، كما لو قال: أبق عندي شهراً وكان قد أبق سنة وهلك في الإباق، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن هلك في المقدار الذي بينه فلا يكون كالمدلس، وإنما يرجع عليه بقيمة العيب، وإن هلك في المقدار الذي دلس به فيرجع بجميع الثمن، وكذلك إذا ذكر أقرب من المسافة التي أبق إليها.

ابن يونس: وقال غيره من أهل بلدنا، إذا قال: أبق عبدي مرة وكان أبق مرتين، وأبق عند المشتري وهلك بسبب الإباق، فإنه يرجع بقدر ما كتمه، بخلاف التدليس بجميع الإباق. وقال غيره: إن بين له أكثر العيب الذي هلك بسببه، رجع المشتري هنا بقدر ما كتمه، وإن كتمه أكثر العيب رجع المشتري بجميع الثمن.

فَلَوْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ بِعَيْبِ التَّدْلِيسِ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَرْجِعُ الثَّالِثُ عَلَى الأَوَّلِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، فَإِنْ زَادَ فَلِلثَّانِي، وإِنْ نَقَصَ كَمَّلَهُ الثَّانِي

أي: فلو باع المشتري العبد الذي دلس به عليه البائع ولم يعلم بعيب التدليس وأبق عند المبتاع الثاني ومات، قال المازري، وابن شاس، والمصنف، فقال ابن القاسم: يأخذ الثالث الثمن من الأول، أعني: الذي كان أخذه من الثاني، فإن كان مساوياً للثمن الأول فلا إشكال، وإن كان أنقص منه كمله الثاني، وإن كان أكثر أخذ الثالث منه مقدار ثمنه وأخذ الثاني بقية ذلك. وصرح المازري، وابن شاس: بأن الثالث يأخذ جميع الثمن وإن زاد على ما دفعه الثالث للثاني.

خليل: وفيه نظر، إذ ليس بوكيل للثاني على الزيادة وقد يبرئه منها.

ومن حجة المدلس أن يقول للثالث: معاملتي لم تكن معك ولولا الثمن الذي [٤٧٦/ ب] خرج من يدك لما كان لك عليَّ مقال فلا يكون لك غيره.

ووجه المازري هذا القول: بأن ابن القاسم قدر أنه وإن لم يدلس عليه من باشر البيع له فإن المدلس على من باع منه يقدر مدلساً عليه؛ لأنه يقول له: لو أعلمت الأوسط بالإباق لأعلمني فلم أشتر منه إن كان مدلساً عليَّ فأنت سبب إتلاف الثمن عليَّ. وظاهر ما نقله المازري، وابن شاس، والمصنف: أن الثالث إنما يرجع ابتداء على الأول.

والذي نقله في الموازية من رواية أصبغ، ونقله ابن يونس وغيره: أنه إنما يرجع على الأول إذا كان الثاني عديماً، وقاله سحنون وغيره. فلعل كلام المصنف والمازري مقيد بهذا، ولابن القاسم قولان.

وصرح المازري وابن شاس: بأنه إذا نقص عن ثمن الثاني أن الثاني يكمله. وهو خلاف ما في النوادر. وابن يونس عن ابن القاسم: أنه إذا أخذ من الأول الثمن فلم يكن فيه إلا أقل من الثمن الآخر، فليس له غيره ولا يرجع بتمامه على بائعه؛ إذا لم يدلس إلا أن يكون الثمن الأول أقل من قيمة العيب من الثمن الثاني فليرجع على بائعه بتمام قيمة عيبه.

ابن عبد السلام: وإنما الذي يقرب من كلام المؤلف -وإن لم يكن هو- ما قاله سحنون: إذا أخذ الثمن من الأول في عدم الثاني فلم يكن فيه مثل رأس مال المشتري، فإنه يرجع على البائع الثاني بالأقل من تمام ثمنه أو قيمة العيب من ثمنه.

وقَالَ أَصْبَغُ: يَرْجِعُ عَلَى الأَوَّلِ بِقِيمَةِ الْعَيْبِ ويَأْخُذُ الثَّانِي بَقِيَّةَ الثَّمَنِ

يريد، وقال أصبغ: إذا كان الثاني عديماً يؤخذ الثمن من الأول فيدفع إلى الثالث منه قيمة العيب التي يستحقها على الثاني لو انفرد به، وتسلم بقيته للأوسط. وهكذا نقل

المازري، وابن يونس، وابن شاس. وإلى دفع البقية للأوسط أشار المصنف بقوله: **(ويَأْخُذُ الثَّانِي بَقِيَّةَ الثَّمَنِ)**.

ابن يونس: ووجهه أن الأول مدلس بعيب هلك العبد بسببه فوجب أن يرد الثمن على بائعه. أصله: لو أبق عند الثاني، وأما الثاني فلم يدلس في الثالث فلم يجب له إلا قيمة العيب من ثمنه، فإذا أخذه من بائعه الأول فلا كلام له. وليس هو قول أصبغ، وإنما رواه عن ابن القاسم. وهذا تقرير هذا المحل.

وما ذكره **ابن راشد**: أن مراد المصنف أن الثالث بعد أن يأخذ قيمة العيب من الأول يأخذ بقية الثمن من الثاني ليس بظاهر، ولعل ذلك لأن في نسخته: **(بَقِيَّةَ الثَّمَنِ)** والصواب: **(بَقِيَّةَ)** كما ذكرنا.

وقَالَ مُحَمَّدٌ: يَرْجِعُ الثَّالِثُ؛ إمَّا عَلَى الثَّانِي بِالأَرْشِ فَيَكُونُ عَلَى الأَوَّلِ لِلثَّانِي الأَقَلُّ مِمَّا غَرِمَ وكَمَالِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ. وإِمَّا عَلَى الأَوَّلِ بِالأَقَلِّ مِنَ الأَرْشِ وكَمَالِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ فَلا يَكُونُ عَلَى الأَوَّلِ لِلثَّانِي شَيْءٌ ....

أي: يرجع الثالث على الثاني إن تأتى له الرجوع عليه بأرش عيب التدليس، ثم يكون على الأول لهذا الثاني الأقل من الأرش أو كمال ثمنه. **مثاله**: لو باعه الأول بمائة والثاني بمائة وعشرين، وكان الأرش خمسين، فيبقى بيد الثاني سبعون، فيرجع بثلاثين تمام مائته. ولو كان الأرش ثلاثين لرجع بعشرة تمام ثمنه؛ لأنه إن كان تمام الثمن الأقل فقصاراه أن يكون العبد هلك، ولو هلك عنده لما كان عليه إلا الثمن الذي أخذ منه، وإن كان ما غرمه أقل لم يرجع بغيره؛ لأنه لولا الغرم لما توجه له رجوع. وإن لم يتأتى للثالث على غريمه رجوع فيرجع على الأول؛ لأنه غريم غريمه فيلزم أن يدفع له أقل الأمرين المذكورين؛ لأنه قصارى ما يلزم الأول للثاني.

وتحصيل هذا القول عند ابن يونس: أنه لا يغرم الأول للثالث إلا ما كان يرجع به على الثاني لو غرم الثاني للثالث قيمة العيب، وهو الأقل من قيمة العيب من ثمن الثالث أو من ثمن الثاني، أو تمام رأس مال الثاني. قال: وهو الذي أراد محمد.

خليل: وفي كون الثالث لا يرجع عليه إلا بأقل الأمرين نظر. **والظاهر**: أنه يرجع عليه بمجموع الثمن الذي أخذه لتدليسه. والله أعلم.

وَإِذَا أُحدثت زِيَادَةٌ كَالصِّبْغِ أَخَذَ الأَرْشَ أَوْ رَدَّ وكَانَ شَرِيكاً بِمَا زَادَ، لا بِقِيمَتِهِ ولا بمساوٍ، دَلَّسَ أَوْ لَمْ يُدَلِّسْ ....

أي: أن من اشترى ثوباً فصبغه فزادت به قيمته ثم اطلع على عيب، فإنه يكون مخيراً بين أن يأخذ قيمة العيب ويتماسك بالثوب، أو يرده على بائعه ويكون شريكاً معه في الثوب بما زاده الصبغ، وسواء دلس البائع هنا أو لم يدلس.

مثاله: لو كانت قيمته بلا صبغ عشرة، وبالصبغ اثني عشر فيكون شريكاً بالسدس.

واختلف الشيوخ هل تعتبر هذه الزيادة يوم البيع كما يعتبر النقص وهو اختيار ابن يونس، أو لا تعتبر إلا يوم الحكم وهو قول ابن المواز والقابسي.

وقوله: (**كَانَ شَرِيكاً بِمَا زَادَ**) كذلك قال سحنون: فيمن ألقت الريح ثوبه في قصرية صباغ.

فرع:

فلو كان الصبغ منقصاً في مسألة البيع كان له ردها بغير غرم إن كان البائع مدلساً، أو حبسها وأخذ الأرش، وإن كان غير مدلس كان كعيب حدث، وقد تقدم حكمه قاله في الجواهر.

والصبغ بكسر الصاد: هو ما يصبغ به وهو مراد المصنف، وأما بالفتح فهو المصدر.

وأشار بقوله: (**لا بِقِيمَتِهِ**) إلى مخالفة هذا الاستحقاق، فإنه إذا اشترى ثوباً فصبغه، ثم استحق من بيده فأبى البائع أن يعطي قيمة الصبغ وأبى المشتري أن يعطي قيمة الثوب، فالمشتري يكون شريكاً بقيمة الصبغ. وفرق بأنه في الاستحقاق أخذت من يده قهراً فكان شريكاً بالقيمة، إذ قد لا يزيد الصبغ فيمضي [٤٧٧/ أ] باطلاً، بخلاف العيب فإنه يخير فيه. وذكر المازري عن بعض الأشياخ: أنه جعل الرد بالعيب كالاستحقاق.

وقال أصبغ في العامل في القراض يصبغ الثوب من عنده فلم يعطه رب المال ما صبغه به، أنه يكون شريكاً بما أدى. وفرق بأن له حصة في السلعة وهو مأذون له في تنمية المال، فكأنه صبغه بإذن ربه. وقالوا فيمن دفع ثوبه إلى صباغ فأخطأ وصبغه بغير ما أمر به واعترف الصباغ بذلك: أن له أن يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ ثوبه، أو يضمنه قيمته يوم قبضه كالغاصب والسارق. وقالوا في الغاصب والسارق يصبغان الثوب: يخير ربه في إعطاء قيمة الصبغ أو يضمنهما قيمة الثوب غير مصبوغ، ولا يكونان شريكين لتعديهما.

واعلم أن المصنف إنما نص على قوله: (**دَلَّسَ أَوْ لَمْ يُدَلِّسْ**) تنبيهاً على أن التدليس لا فرق بينه وبين غيره هنا، وإن كان يفترق في مسائل أخرى.

قال جماعة: والمسائل التي يفترق فيها حكم المدلس من غيره خمس؛ **الأولى**: إذا صبغه صبغاً ينقص به، فإن كان البائع غير مدلس فذلك عيب حادث عند المشتري؛ فيخير إما أن يرد ويعطي أرش ما حدث عنده، أو يتماسك ويأخذ أرش القديم، وإن كان البائع مدلساً لم يكن على المشتري للنقص شيء.

والثانية: أن يحصل عيب أو عطب من العيب الذي باعه به، مثل: أن يكون أبقاً فيأبق عند المشتري، أو سارقاً فيسرق وتقطع يده. فإن كان البائع مدلساً كان ما أصابه عند المشتري منه، وإن لم يكن مدلساً فالضمان في ذلك على المشتري.

والثالثة: أن يبيع الرجل سلعة وبها عيب، ثم يشتريها من المشتري بأكثر مما باعها به، فإن كان البائع مدلساً لم يكن له رجوع على المبتاع، وإن كان غير مدلس رجع عليه بما زاده على الثمن.

والرابعة: إذا دلس بعيب في سلعة فردت عليه، لم يلزم السمسار أن يرد الجعل، بخلاف ما إذا لم يدلس.

والخامسة: من باع بالبراءة ما يجوز بيعه بالبراءة، فإنه يبرأ مما لم يعلم به، ولا يبرأ مما علم ودلس به. والله أعلم.

ويُقَوَّمُ الْقَدِيمُ والْحَادِثُ بِتَقْوِيمِ الْمَبِيعِ يَوْمَ ضَمِنَهُ الْمُشْتَرِي

لما ذكر حكم النقص والزيادة تكلم في كيفية التقويم بهما وفي وقته.

وقوله: (**بِتَقْوِيمِ الْمَبِيعِ**) أي: لا يقومان بانفرادهما، وإنما يقال: كم قيمة المبيع بالعيب القديم، وكم قيمته بالحادث. و(**يَوْمَ ضَمِنَهُ**) معمول ليقوم؛ أي: يقوم بالعيبين إذا احتيج إلى قيمتهما معاً، وإلى قيمة القديم وحده يوم ضمن المشتري المبيع، لا يوم الحكم ولا يوم العقد، ولا يفصل فيقال: يقوم القديم يوم ضمان المشتري والحادث يوم الحكم، خلافاً لابن المعذل، وسيأتي.

فَإِنْ أَمْسَكَ قُوِّمَ صَحِيحاً وبِالْعَيْبِ الْقَدِيمِ

أي: فإن اختار المشتري التمسك بالمبيع وأخذ قيمة القديم حيث يكون له التخيير، فإن المبيع يكفي فيه حينئذ تقويمان؛ يقوم صحيحاً، ثم معيباً بالقديم. فمهما نقص أخذ نسبة النقص من الثمن.

الباجي: مثل أن تكون قيمتها سالمة عشرة وبالعيب ثمانية، فيعلم أن العيب خمس الثمن، فيرجع على البائع المشتري، فإن كان اشتراه بخمسة عشر رجع عليه بخمسها وهي ثلاثة.

وإنْ رَدَّ قُوِّمَ ثَالِثاً بِهِمَا

أي: وإن اختار الرد قوم تقويماً ثالثاً بالعيبين معاً -القديم والحادث- فما نقصته القيمة الثالثة عن القيمة الثانية حسب ذلك من القيمة الأولى ورد المشتري على البائع تلك النسبة من الثمن. وهكذا قال الباجي، فإنه قال بعد الكلام الذي ذكرناه: فإن أراد الرد فإن القيمتين المتقدمتين لابد منهما، فإذا تقدمتا جعلت قيمة السلعة بالعيب القديم أصلاً، ثم يقومها قيمة ثالثة بالعيبين القديم والحادث، فيرد من ثمن المبيع بقدر ذلك.

وذلك كما لو قيل في مسألتنا: إن قيمتها بالعيبين ستة. فيعلم أن العيب الحادث عند المشتري نقص من قيمة المبيع بعيبه الربع فيرجع من ثمنه بذلك، وقد علمنا أن الباقي بعد البيع الأول اثنا عشر فيرد مع العبد ربع ثمنه بالعيب القديم، وذلك ثلاثة. وهذا معنى ما ذكره ابن القاسم في المدونة وغيرها. انتهى. وإن شئت قلت: يرد خمس الثمن.

ومثاله أيضاً: لو كان يساوي صحيحاً مائة، وبالعيب الأول ثمانين، وبالثاني ستين وكان الثمن مائتين، فإما أن يتمسك ويأخذ أربعين، وإما أن يرد ويعطي أربعين. وهكذا نص عليه ابن يونس، ومحمد، والمازري، وصاحب المقدمات.

فَإِنْ كَانَتْ زِيَادَةٌ قُوِّمَ رَابِعاً بِالْجَمِيعِ، وكَانَ شَرِيكاً بِنِسْبَةِ مَا زَادَ عَلَيْهَا

كلام المصنف يقتضي أنه مع حدوث الزيادة لابد من أربع قيم، وفيه تفصيل؛ لأنه إن تمسك فلا يحتاج إلا إلى تقويمين؛ يقوم صحيحاً، وبالعيب القديم ليرجع المشتري على البائع بما يقابله. ولم يتكلم المصنف على هذا لوضوحه، وإنما تكلم على الرد لأن قوله:(فإن حدثت زيادة) مفرع على قوله: (فإن رد قوم ثالثاً).

وما ذكره المصنف من الأربع قيم نحوه في المازري، فإنه قال بعد أن فرض أن الزيادة التي زادها المشتري خياطة، وإن كان العيب الذي حدث عند المشتري هو قطع الثوب،

أعني: إذا كان البائع غير مدلس أو كان مدلساً لكنه قطعه غير القطع المعتاد كما قدمناه. ويقال: ما قيمة هذا الثوب لا عيب فيه ؟ فإن قيل: مائة. قيل: وما قيمته وبه العيب الذي كان [٤٧٧/ ب] عند البائع؟ فإن قيل: تسعون. قيل: وما قيمته مقطوعاً ؟ قيل: ثمانون. قيل: وما قيمته مخيطاً؟ فإن قيل: تسعون. فقد علمت أن العشرة التي وجبت على المشتري لنقص القطع قد جبرها ما فعل من الخياطة، فلا يكون على المشتري قيمة نقص القطع. وإن قيل: قيمته مخيطاً خمسة وثمانون. فقد جبرت الخياطة نصف مقدار العيب، ويطالب بمقدار نصف عشر الثمن. وإن قيل: ثمنه مخيطاً خمسة وتسعون. فقد جبرت الخياطة قيمة النقص وزادت على ذلك خمسة دنانير وهي نصف العشر، فيكون المشتري شريكاً في الثوب بمقدار ذلك.

وقال **ابن عبد السلام**: فيما ذكره المصنف نظر. ولا احتياج إلى تقويمه صحيحاً، بل ذكر التقويم صحيحاً يوهم أن يكون البائع شريكاً بقيمته صحيحاً. ولا يصح لأنه إنما خرج من يده معيباً، وكذلك أيضاً لا احتياج إلى تقويمه بالحادث؛ لأن الزيادة إنما تظهر بعد جبره بالصنعة المزيدة. فلو شارك المشتري البائع بما زادته الصنعة على مجموع العيبين مع أن العيب الثاني إنما حدث في ملك المشتري، لكان في ذلك حيف على البائع. نعم يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك في الصبغ هل يجبر الحادث، أم لا ؟ فالذي يوجبه النظر أن يقوم بالعيب القديم وحده؛ لأن ذلك هو الذي خرج من يد البائع، ثم يقوم بالصنعة الحادثة، فإن وقعت زيادة على ذلك في مثل تلك الزيادة تكون الشركة الواجبة للمشتري مع البائع.

خليل: وفيه نظر؛ لأنه لابد من تقويمه بالعيب الحادث ثم بالصنعة؛ ليعلم هل تلك الصنعة تجبر العيب الحادث أم لا، وقد سلم أنه يقوم بالعيب القديم، فهذه ثلاث تقويمات.

وقوله: نعم قد يحتاج إلى ثلاث قيم إذا شك. يقتضي أنه قد يستغنى عن بعض هذه الثلاث ولا يمكن ذلك، وحينئذ إنما ينتفي تقويمه صحيحاً.

وجوابه: أنه لا يعلم العيب القديم إلا بتقويمه صحيحاً، ولو كان كما قال؛ لزم فيما إذا لم يحدث زيادة ألا يقوم إذا أراد المشتري الرد إلا تقويمين؛ يقوم بالعيب القديم، ثم بالحادث، ويرد نسبته لأنه لا احتياج إلى تقويمه صحيحاً؛ لأن السلعة لم تخرج من يد البائع إلا معيبة. ولا خفاء في عدم ذلك كما صرح به الباجي والمازري وغيرهما. والله أعلم.

وَقِيلَ: يُقَوَّمُ الْحَادِثُ يَوْمَ الرَّدِّ

هذا قول أحمد بن المعدل بناه على أن الرد بالعيب فسخ بيع.

وَإِذَا تَعَدَّدَ الْبَائِعُ، جَازَ رَدُّ حِصَّةِ أَحَدِهِمَا

يعني: إذا باع رجلان فأكثر سلعة أو سلعاً على الشركة فاطلع المشتري على عيب، فله أن يرد نصيب أحدهما دون الآخر، ولا مقال لمن رد عليه؛ لأن ملكه تبعض ابتداء.

وَفِي رَدِّ أَحَدِ الْمُشْتَرِيَيْنِ قَوْلانِ

اختلف إذا تعدد المشتري واتحد البائع، هل لأحد المشتريين الرد دون الآخر قياساً على تعدد البائع أو لا؛ لأن في التشقيص ضرر على البائع؟ ورجع مالك إلى الأول. ابن القاسم: وهو أبين، إذ لو فلس أحدهما لم يتبع إلا بنصف الثمن. وأخذ أشهب بالثاني، فقال: ليس لهما إلا أن يردا أو يحبسا. والقولان في المدونة. ومنشأ الخلاف: هل العقد يتعدد بتعدد المبتاع كما لو تعدد بتعدد البائع أو لا ؟ وإذا فرعنا على الرواية التي اختارها أشهب ولم يرض البائع بتبعيض الصفقة، فقال ابن وهب: إذا أراد أحدهما الرد وأبى الآخر تقاوما؛ لأن البائع لا يقبله إلا كله. وقال ابن المواز: للمتمسك أخذ نصيب الرادِّ.

وحكى عبد الوهاب عن المذهب: إذا أبى أحد المتبايعين من الرد مع صاحبه لم يكن لصاحبه الرد، وكان له الرجوع بقيمة العيب.

الباجي: وهكذا يجب أن يكون الصحيح من المذهب مثل ما حكاه ابن القاسم عن مالك في الذي يشتري عبداً فيبيع نصفه ثم يطلع على عيب فيريد الرد، فإنه يخير البائع إما أن يقبل النصف الباقي أو يدفع قيمة نصف العبد.

الباجي: وهذا مقتضى القياس. وعلى قول أشهب يحتمل أن يكون معنى قوله: إما أن يردا جميعاً أو يمسكا جميعاً، ولم يبين إذا رد أحدهما.

وإِذَا تَعَدَّدَ الْمَبِيعُ، فَإِنْ كَانَ الْمَعِيبُ وَجْهَ الصَّفْقَةِ أَوْ كَأَحَدِ الْخُفَّيْنِ فَكَالْمُتَّحِدِ

لما تكلم على تعدد البائع والمشتري تكلم على تعدد المبيع؛ أي: إذا وجد عيباً في وجه الصفقة، أو بأحد الشيئين الذي لا يستغني أحدهما عن الآخر كأحد الخفين، وكذلك الأم مع ولدها؛ لأن الشرع منع من التفرقة بينهما فكالمتحد، فليس له إلا رد الجميع. ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين وجوب قيمتهما.

واختلف فيمن استهلك سِفْراً من ديوان أو سِفْرَين، فقال بعضهم: يرد السالم وما نقص. وظاهر كلام عبد الوهاب في شرح الرسالة عند ذكر النعلين: أنه يغرم الجميع.

وإِلا فَلَيْسَ لَهُ إِلا رَدُّ الْمَعِيبِ بِحِصَّتِهِ يَوْمَ عَقْدِهِ

هذا ظاهر، ونص ابن المواز على أن وجه الصفقة ما زاد على النصف، وهو معنى ما في المدونة على ما نص عليه ابن يونس، وهذا إنما هو فيما عدا المثليات، وأما المثليات فلها حكم آخر سيأتي.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ سِلْعَةً، فَقِيمَةُ الْحِصَّةِ الَّتِي قَابَلَتِ الْمَرْدُودَ لا جُزْءَهَا عَلَى الأَصَحِّ؛ لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ ....

مثاله: لو اشترى ستة كتب بدار ثم اطلع على عيب في أحدها ورده، فإنه يرجع بنسبته من قيمة الدار لا في جزء الدار على الأصح. فلو [٤٧٨/ أ] كانت الدار تساوي ستمائة وكل كتاب يساوي مائة فعلى الأصح يأخذ مائة، وهو مذهب المدونة والمشهور. وعلله المصنف بضرر الشركة؛ أي: على تقدير الرجوع في الدار. وعليه فهل تعتبر القيمة يوم البيع وهو ظاهر كلام المتقدمين، أو إنما تعتبر يوم الحكم وهو اختيار التونسي؟ ومعناه: إذا كانت قائمة يوم الحكم ولم تفت قبل ذلك، وعلى مقابله يرجع في سدس الدار وهو لأشهب في الموازية، وهو الأصل، ولا سيما إن كان المعيب النصف فإنه ينوبه من الثمن النصف، وليس تغليب حق البائع على المشتري أولى من العكس. وعلى هذا القول فهل ينقلب الخيار للبائع لما لحقه من ضرر الشركة؟ ذكر بعضهم في ذلك قولين.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الْعَيْبِ الْخَفِيِّ أَوْ قِدَمِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ إِلا أَنْ تَشْهَدَ الْعَادَةُ لِلْمُشْتَرِي فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ....

قال في الجواهر: والنزاع في العيب في صورتين؛ **الأولى**: في وجوده، ولا يقبل دعوى المبتاع أن بالسلعة عيباً دون أن يبينه بالمشاهدة إن كان مشاهداً، أو بالبينة إن كان غير مشاهد.

الصورة الثانية: النزاع في قدمه وحدوثه لا يخلو إما أن يكون مما لا يحدث عند المشتري، أو مما يعلم أنه لم يكن عند البائع.

فالقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه، وأن يكون محتملاً فيثبته المبتاع بالبينة. ثم قال: فإن لم توجد البينة فالقول قول البائع مع يمينه، إذ الأصل لزوم العقد. وعلى هذا فقول المصنف في حدوث العيب إشارة إلى الصورة الأولى، أي: في وجود العيب الخفي. وأشار إلى الثانية بقوله: أو في قدمه.

وحمل **ابن عبد السلام** كلامه هنا على صورة واحدة، وهي: إذا تنازعا في القدم والحدوث. ورد الحمل الذي قلناه بأنه لو حمل كلامه الأول -أعني قوله: إذا تنازعا في الخفي- على ما إذا تنازعا في وجود العيب وعدمه، لزم أن يكون كلامه على خلاف ما نص عليه أهل المذهب: أن القاضي لا يلزم البائع الجواب عن قدم العيب وحدوثه، ولا غير ذلك من أحكامه حتى يثبت المشتري وجود العيب، أو يوافقه البائع عليه.

خليل: وفيه نظر؛ لأن ما ذكره المصنف من أن القول قول البائع إذا تنازعا في وجود العيب وعدمه لا خلاف فيه. وما ذكره من أن القاضي لا يُلزم البائع الجواب يدل له لا على خلافه، نعم هو شرط لما قاله.

وقوله في الجواهر: فالقول قول من قوي سببه منهما مع يمينه. يريد: إذا رجحت البينة قول أحدهما فقط، وأما لو قطعت البينة بالقدم أو الحدوث فلا يمين، نص عليه محمد.

فرع:

فلو أقام المبتاع شاهداً واحداً بقدم العيب حلف معه على البت ورجع، قاله ابن المواز، وابن القاسم، وابن نافع، والمخزومي. وقال ابن كنانة: لا يحلف معه. ومنشأ الخلاف: هل يقبل الشاهد الواحد فيما ليس بمال إذا كان يؤدي إلى المال أم لا ؟

واعلم أنه إنما يكون القول قول البائع في العيب المشكوك فيه إذا لم يصاحبه عيب قديم، أما إن صاحبه عيب قديم، فالقول قول المشتري أنه ما حدث عنده مع يمينه؛ لأن البائع قد وجب عليه الرد بالعيب القديم فصار مدعياً على المبتاع في الحادث، وبه أخذ ابن القاسم، وأشهب حسنه.

ومفهوم قوله في الخفي: أن الظاهر لا قيام للمشتري به لاطلاعه عليه، وهو قول ابن حبيب، وعليه يعتمد جماعة ممن صنف في الأحكام، ويعتمد عليه أصحاب الوثائق.

ومذهب المدونة عند جماعة: أنه لا يلزم المشتري سوى اليمين أنه لم يره وقت البيع ويحكم له بالرد، وهو الذي ذكره المتيطي، وقد أوجب في المدونة الرد في الزلاء والأقطع والأعور. وكثرة وقوع هذه المسائل وأشباهها يضعف تأويل من تأول على المدونة، لعل ذلك إنما كان في أمة أو عبد غائبين.

فرع:

وإذا تنازعا فادعى البائع أنه أخبره بالعيب أو أراه إياه وأنكر ذلك المبتاع، فإنه يلزم المبتاع اليمين، فإن حلف رد بالعيب، وإن نكل حلف البائع وبرئ منه، قاله الباجي.

وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ عُدُولٌ قُبِلَ غَيْرُهُمْ لِلضَّرُورَةِ. قَالَ الْبَاجِيُّ: وَلَوْ كَانُوا غَيْرَ مُسْلِمِينَ

أي: إذا احتيج إلى أرباب المعرفة في إثبات القدم والحدوث، فإن وجد عدول لم يعدل عنهم، وإلا فقال الباجي، والمازري وغيرهما: يقبل غيرهم ولو كانوا على غير الإسلام للضرورة.

وفي المتيطية: الواحد منهم أو من المسلمين كافٍ والاثنان أولى، إذ طريق ذلك الخبرُ لا الشهادةِ على المشهور المعمول به.

وقال محمد: لا يرد بعيب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل النظر والمعرفة. ابن الماجشون: وإن كان العبد ميتاً أو غائباً فلا يثبت إلا بعدلين باتفاق أصحاب مالك من أهل المعرفة.

وفي الطرر: إذا شهد شاهد بعيب أنه أقدم من أمد التبايع، وشهد آخر أنه أحدث من أمد التبايع، فقال في الاستغناء: شهادتهما لا توجب حكماً بالرد إذا لم يتفقا على شيء واحد، وإن كان العيب لا يطلع عليه الرجال كالعيوب التي تكون في جسد الأمة أو في فرجها تثبت بشهادة امرأتين.

وقال سحنون: ما كان بالجسد بُقِرَ عنه الثوب ونظر إليه الرجال، وما كان في أحد الفرجين شهد فيه النساء.

وَيَمِينُهُ: بِعْتُهُ وَأَقْبَضْتُهُ وما بِهِ مِنْ عَيْبٍ. بَتًّا فِي الظَّاهِرِ، وَنَفْياً لِلْعِلْمِ فِي الْخَفِيِّ. وَقَالَ أَشْهَبُ: نَفْياً لِلْعِلْمِ فِيهِمَا ....

أي: إذا كان القول قول البائع مع يمينه فصفة يمينه: أن احلف أني [٤٧٨/ ب] بعته وما به عيب. ويزيد فيما فيه حق توفية: بعته وأقبضته. وعلى هذا فقوله: (**بِعْتُهُ وَأَقْبَضْتُهُ**) للتفصيل، والواو بمعنى أو.

وقوله: (**وما بِهِ مِنْ عَيْبٍ**) جارٍ فيهما، وبهذا صرح في الجواهر. وإنما قلنا: إن أقبضته خاص بما فيه حق توفية؛ لأن ما ليس فيه حق توفية ينتقل إلى ملك المشتري بالعقد فلا يحتاج إلى الحلف بأنه أقبضه سالماً، فلا يكلف بما لا يلزمه.

وفي قوله: (**وما بِهِ مِنْ عَيْبٍ**) نظر؛ إذ لا يلزمه أن يحلف إلا على ما ادعاه المشتري من العيب المخصوص. وكذا قال غيره: أنه يحلف ما باعه وهذا العيب به في علمه.

وقوله: (**فِي الظَّاهِرِ**) أي: كالعرج، وضعف البصر، والخرق في الثوب. **والخفي**: كالزنا، والسرقة، وهذا مذهب المدونة وهو المشهور.

وعن ابن القاسم، وابن نافع: أنه يحلف على البت فيهما، واحتج ابن نافع بأنه لو ثبت قدم العيب والبائع غير عالم لرد عليه ولم ينفعه عدم علمه، فلا ينفعه الحلف على عدم علمه. وأجاب المازري بأن البينة إذا أثبتت قدم العيب، فقد ثبت السبب الموجب للرد ووجب حل البيع المنعقد، وإذا لم يثبت العيب وكان مشكوكاً فيه لم يجب حل المنعقد.

وقال أشهب: يحلف على نفي العلم فيهما. واحتج بأنه إن علم به فهو حانث، وإلا فلا يلزمه حتى يثبت قدمه فلا يحلف إلا على علمه. واختلف في يمين المشتري إذا نكل

البائع على ثلاثة أقوال؛ روى عيسى عن ابن القاسم: أنه يحلف على العلم في الظاهر والخفي؛ لأن التدليس يكون من جهة البائع دون المبتاع. وروى يحيى عنه: أنه كالبائع يحلف على البت في الظاهر وعلى العلم في الخفي؛ لأن الأصل في اليمين أن تنقلب على نحو ما توجهت، واختاره ابن حبيب. وقال ابن نافع، وابن أبي حازم: يحلف المبتاع على البت. ولو ثبت العيب فاختلف البائع والمبتاع في تاريخ البيع، فادعى البائع تاريخاً قديماً يكون العيب حادثاً بالنسبة إليه، وقال المشتري: إنما كان في تاريخ يكون ذلك العيب قديماً بالنسبة إليه. فقال ابن القاسم، وسحنون: القول قول البائع والمشتري مدَّعٍ. وذكر ابن حبيب اختلافاً في هذا الأصل.

ابن عبد السلام، وقوله: يحلف البائع لقد بعته. لا معنى له؛ لأن القاضي لا ينظر في أمرهما في هذه المسألة إلا بعد إقرار المدعى عليه بحصول البيع منهما، أو بعد ثبوته بالبينة.

خليل: وفيه نظر؛ لأن اليمين هنا ليست في حصول البيع، وإنما هي على وقوع البيع في حال عقد البيع والقبض فيما فيه حق توفية.

وَيَرُدُّ النِّتَاجَ دُونَ الاسْتِغْلالِ وقِيمَةِ الانْتِفَاعِ

يعني: إذا رد المبيع لعيب رد معه النتاج، وسواء اشتراها حاملاً أو حملت عنده؛ لأن الولد ليس بغلة دون الاستعمال، لما صححه الترمذي: **أن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بأن الخراج بالضمان.**

فائدة:

والمشتري لا يرد الغلة في خمسة مواضع: في الرد بالعيب، والبيع الفاسد، والاستحقاق، والشفعة، والتفليس.

وهذا إذا فارقت الثمرة الأصول، أما إن لم تفارق، فالمشهور: أنها لا ترد مع أصولها إذا أزهت ولم تجذ ولا يبست في الرد بالعيب وفي البيع الفاسد.

وأما الشفعة، والاستحقاق: فترد وإن أزهت ما لم تيبس، فإذا يبست لم يجب ردها. وفي التفليس: ترد ولو يبست ما لم يجذها.

وقيل في هذه المسائل: إن الإبار فوت. المازري: وكان بعض أشياخي يري أنه لا فرق بين هذه المسائل، وأنه يخرج في كل واحدة ما هو منصوص في الأخرى.

وَفِي رَدِّ ثَمَرَةٍ مَا اشْتَرَاهُ مَأْبُوراً، أَوْ صُوفِ الغَنَمِ قَوْلانِ

يعني: أن من اشترى نخلاً مؤبراً واشتراطه، أو اشترى غنماً عليها صوف تام، فجذ الثمرة وأخذ الصوف ثم اطلع على عيب، فقال ابن القاسم: يرد ما أخذه من ثمرة أو صوف؛ لأن لهما حصة من الثمن. وقال أشهب: لا يرد؛ لأنها غلة.

ابن المواز: واتفق ابن القاسم، وأشهب على عدم رد اللبن وإن كان في الضرع يوم البيع، وذلك خفيف. وعلى قول ابن القاسم، فيرد الثمرة إن كانت قائمة، وإن فاتت رد مكيلتها إن علمت، أو القيمة إن لم تعلم، وأمضاها ابن القاسم في الشفعة إذا لم تعلم بما ينوبها من الثمن. وعد ذلك سحنون اختلافاً من قوله. ونص ابن يونس في الصوف التام إذا لم يعلم وزنه أنه يرد الغنم بحصتها.

قال في المدونة: فإن ردت الثمرة كان لك أجر سقيك وعلاجك.

ابن يونس: يريد ما لم يجاوز قيمة الثمرة.

الباجي: وعندي أنه لا يكون له من العمل إلا ما لولا الثمرة لم يعمله؛ لأنهم لم يذكروا في مسألة الغنم الرجوع بالرعي والسقي، وإنما يرجع بالجز عندي. قال: ولم أر فيه نصاً.

تنبيه:

وقع لابن القاسم أنه لو هلكت الثمرة المأبورة عند المشتري بأمر من الله تعالى لم يضمنها المشتري. فعارض هذا بعضهم بما قاله من أنه يرد الثمرة؛ لأن قوله: يرد الثمرة. يدل على أن لها حصة من الثمن. وقوله: أنه لا يضمنها. يدل على أنها غير مشتراة. واعتذر عن ذلك بأنه إنما لم يضمنها لكونها غير مقبوضة للمشتري، ولهذا منع أن تشترى النخل المؤبرة بطعام؛ لكون الثمرة يتأخر قبضها. وقال بعض المتأخرين: إنه يضمن الثمرة إذا اشتراها بعد الزهو وإن هلكت بأمر من الله سبحانه، قاله المازري.

وَلَوْ رَدَّهُ فَتَلِفَ قَبْلَ إِقْبَاضِهِ، فَفِي ضَمَانِهِ قَوْلانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ نَقْضٌ لِلْبَيْعِ مِنْ أَصْلِهِ فَعَلَى الْبَائِعِ، أَوْ بَيْعٌ الآنَ أَوْ نَقْضٌ الآنَ فَعَلَى الْمُشْتَرِي

[٤٧٩/أ] أي: لو رد المشتري المعيب بحكم أو بغيره فتلف قبل قبض البائع له، فقيل: ضمانه من البائع، وقيل: من المشتري. ومنشأ الخلاف كما قال: هل الرد بالعيب نقض للبيع من أصله فيكون ضمانه من البائع، أو هو نقض الآن فيكون من المشتري.

قال في البيان: واختلف فيما يدخل به المردود بالعيب في ضمان البائع على أربعة أقوال؛ **الأول** لأصبغ: يدخل في ضمانه بإشهاد المبتاع على العيب، وأنه غير راض به وإن لم يرض البائع بقبضه.

والثاني: أنه لا يدخل في ضمانه حتى يرضى بالقبض، أو يثبت العيب عند السلطان وإن لم يحكم، وهو الذي يأتي على مذهب مالك في الموطأ، وقول ابن القاسم في شهادات المدونة.

والثالث: أنها لا تدخل وإن رضي، حتى يمضي من المدة ما يمكنه القبض فيه، وهو معنى قول مالك في العتبية.

والرابع: لا يدخل في ضمانه حتى يقبضه، ولو مضى زمان يمكنه فيه القبض، وهو ظاهر العتبية أيضاً. قال: وهذا هو القياس على القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع، وأن على البائع فيه حق توفية دخل عليه مع علمه بأن المبيع قد يرجع إليه.

وزاد القابسي، فقال: ولم يعلم السمسار بتدليسه، وأما إن علم فله أجر مثله.

وقال ابن يونس: أرى أن يكون له ما سمى من الجعل، كما يكون للبائع المدلس الثمن لا القيمة، إلا أن يتعاقد مع البائع على التدليس فحينئذ يكون له أجر مثله؛ لأن رب السلعة قال له دلس، فإن تم البيع فلك كذا وإلا فلا شيء لك، وهو غرر.

وزاد ابن سحنون قيداً آخر للمدونة، فقال: بشرط أن يكون الرد بقضاء قاض لا تبرعاً، ولو استحقت من يد المشتري رجع بالثمن ورجع بالجعل، وإن فاتت السلع بيد المشتري فوجب له الرجوع بقيمة العيب، رجع بتلك النسبة من الجعل.

وقال بعضهم على ما نقله ابن يونس متمماً لهذا: ولو اطلع المشتري على عيب بالمبيع بعد أن حدث به عيب يوجب له الخيار، فإن اختار التمسك والرجوع بأرش العيب القديم، فيرد السمسار من الجعل ما ينوب العيب، وإن رد المشتري السلعة وقيمة الحادث، فيرد السمسار الجعل إلا قدر ما ينوب العيب.

فرع:

إذا كان المبيع يحتاج إلى حمل ومؤنة، كالأزيار والخشب، فاستأجر المشتري على حملها، ففي المتيطية: إن ثبت أن البائع مدلس، لزمه أخذ المبيع حيث وجده ولم يكن على المبتاع رده حيث قبضه، وكذلك إذا ادعى المبتاع عليه التدليس فنكل عن اليمين.

وحكى اللخمي قولاً آخر: إن على المشتري أن يردها حيث قبضها منه، وصوب الأول. وإن كان البائع غير مدلس؛ بأن حمل المبيع إلى موضع قريب، لزمه رده إلى حيث أخذه، وإن نقله إلى موضع بعيد كان فوتاً يوجب له الرجوع بقيمة العيب بعد ثبوته.

وَإِذَا صَرَّحَ الْوَكِيلُ أَوْ عَلِمَ، فَالْعُهْدَةُ عَلَى الْمُوَكِّلِ

الأصل أن العهدة في الرد بالعيب والاستحقاق على متولي البيع إلا في الصورتين اللتين استثناهما المصنف؛ **الأولى**: أن يصرح بأنه وكيل. **والثانية**: أن يعلم كونه وكيلاً. هذا مذهب المدونة؛ لأن فيها: ومن باع لرجل سلعة بأمره من رجل فإن أعلمه في العقد أنها لفلان فالعهدة على ربها، فإن ردت بعيب فعلى ربها ترد وعليه الثمن لا على الوكيل. وإن لم يعلم أنها لفلان حلف الوكيل وإلا ردت السلعة عليه.

وما باعه الطوافون في المزايدة مثل النخاسين وغيرهم، أو من يعلم أنه يبيع للناس فلا عهدة عليهم في عيب ولا استحقاق.

وقال أصبغ: العهدة على المتولي إلا أن يشترط عند البيع ألا عهدة عليه. وهذا الخلاف في الوكيل غير المفوض، وأما المفوض إليه فالعهدة عليه؛ لأنه أحل نفسه محل البائع، وكذلك المقارض والشريك المفاوض.

وأما القاضي والوصي، ففي المدونة: لا عهدة عليهما فيما وليا بيعه [٤٧٩/ب] والعهدة في مال اليتامى، فإن هلك مال الأيتام ثم استحقت السلعة فلا شيء على الأيتام.

وحمله اللخمي على ما يبيعه للإنفاق عليهم للضرورة، قال: وإن تجر الوصي لليتيم أتبعت ذمته كالوكيل المفوض.

وقال ابن المواز: الذي آخذ به في الوصي والوكيل المفوض أن عليهما اليمين، وإن ذكر أنه لغيرهما، إلا أن يشترط ذو الفضل منهما أن لا يمين عليه، فذلك له اتباعاً واستحساناً لقول مالك.

فرع:

فإن علم المبتاع بعد البيع أن المبيع لغير المتولي، فخيره مالك في الرد، أو على أن عهدته على الآمر، إلا أن يرضى الرسول أن يكتبها على نفسه فلا حجة للمشتري.

ابن المواز: وكذلك إذا ثبت أنه لغيره. وعارضه ابن يونس: بأن المذهب في الغاصب إذا باع ما غصبه ثم قام المغصوب منه ورضي بالبيع لا خيار للمشتري، ولم يدخل على أن العهدة على المغصوب منه. **وأجاب**: بأن ذمة المغصوب منه خير من ذمة الغاصب.

ورَدَّ: بأن هذا الحكم ليس مقصوراً على الغصب، بل ولا مقال للمشتري في إجازة المستحق.

وأجيب: بأنه خلف ذلك علة أخرى، وهي أن الاستحقاق قائم في جميع البياعات أو أكثرها، فصار كالعيب الذي يجهله المتبايعان، وما هذا شأنه لا يقام به، بخلاف الوكالة فإن احتمالها ضعيف، إذ الغالب أن المتولي هو المالك.

وانظر ما ذكره من انتقال العهدة وقابله بما قاله عياض في الاستحقاق، لما ذكر عن المدونة في مكتري الأرض فتستحق منه فيجيز المستحق الكراء، أنه يمضي ولا يكون للمكتري ترك الكراء، ويقول: إنما كانت عهدتي على الأول فلا أرضى أن تكون عهدتي عليك أيها المستحق، فقال هو: هذا كلام غير محصل. وقد عابه سحنون، وقال: ليس بصواب، ولو رضي بذلك لم تكن عهدته عليه؛ لأن العهدة لا تنتقل، كما لو باعه الغاصب فاستحقه سيده، فالعهدة على الغاصب لا تنتقل عنه، قاله مالك. انتهى.

فرع:

فإن سئل السمسار عن رب السلعة، فقال: لا أعرفه. فقال ابن أبي زمنين: يحلف أنه ما يعرفه. كذا رأيت لكثير من أشياخنا. قال: وينبغي على أصولهم إن نكل عن اليمين واسترابه السلطان أن يعاقبه بالسجن على قدر ما يراه، إن شاء الله.

وَفِي النَّقِيصَةِ الَّتِي لا يُتَغَابَنُ بِمِثْلِهَا طَرِيقَانِ؛ الأُولَى: قَوْلانِ؛ الْخِيَارُ مُطْلَقاً، والْخِيَارُ لِغَيْرِ الْعَارِفِ بِهَا ....

هذا يسمى القيام بالغبن، سواء كان المغبون بائعاً أو مشترياً. **والغبن**: بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن اشتراء السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله أو اشترائها كذلك، وأما ما جرت العادة به فلا يوجب رداً اتفاقاً.

والطريق الأول لعبد الوهاب في المعونة. وحاصله: أنه لا خلاف في ثبوت الخيار لغير العارف، وفي العارف قولان.

الثَّانِيَةُ: إِنْ كَانَ اسْتَسْلَمَ وأَخْبَرَهُ بِجَهْلِهِ فَأَوْهَمَهُ فَلَهُ الرَّدُّ، وإِنْ كَانَ عَالِماً غَيْرَ غَالِطٍ بِالْغَبْنِ فلا رَدَّ، وفِي غَيْرِهِمَا قَوْلانِ ....

هذه الطريقة للمازري، وحاصلها: إن استسلم؛ أي: أخبر البائع أنه غير عارف بقيمتها، فقال له البائع: قيمتها كذا فله الرد، فإن كان عالماً بالمبيع وبثمنه فلا رد له، ولا خلاف في هذين القسمين، وفيما عداهما قولان.

ابن عبد السلام: ومشهور المذهب عدم القيام بالغبن. ولصاحب المقدمات طريقة ثالثة: إن وقع البيع والشراء على وجه الاسترسال والاستئمانة، فالقيام بالغبن واجب بإجماع، كما لو قال: اشتر مني سلعة مثل ما تشتري من الناس. وإن وقع على وجه المكايسة فلا قيام بالغبن اتفاقاً، ولا بالغلط على المشهور.

ومعنى الغلط: أن يبيع شيئاً ثم يظهر خلافه، كما لو باع حجراً بالثمن اليسير فظهر أنه ياقوت أو بالعكس. والقول: بأنه يرجع بالغلط هو ظاهر ما في أقضية المدونة، والذي يشتري ياقوتة ولا يعرفها البائع ولا المشتري أن البيع يرد. وهذا الخلاف في الغلط إنما هو إذا سمى الشيء بجنسه، كما لو قال في الياقوتة: من يشتري هذا الحجر؟ لأن الياقوت

يسمى حجراً، وأما لو سماه بغير اسمه، كقوله: من يشتري مني هذه الزجاجة ؟ فلا خلاف في وجوب الرد، قاله صاحب البيان وغيره.

والْغَبْنُ؛ قِيلَ: الثُّلُثُ. وقِيلَ: مَا خَرَجَ عَنِ الْمُعْتَادِ

أي: واختلف في الغبن الذي يقام به، وتصور كلامه ظاهر. وقال ابن القصار: إذا زاد على الثلث فيكون ثالثاً.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المؤلف أنه لا فرق بين الغبن المتفق عليه والمختلف فيه، وظاهر كلام غيره أن الغبن المتفق على اعتباره لا يوصل فيه إلى الثلث ولا إلى ما قاربه، بل إذا خرج عن الثمن المعتاد في ذلك المبيع صح القيام به.

واخْتُلِفَ فِي عُهْدَةِ الثَّلاثِ، وعُهْدَةِ السَّنَةِ، فَرَوَى الْمَدَنِيُّونَ: يُقْضَى بِهَا فِي كُلِّ بَلَدٍ. ورَوَى الْمِصْرِيُّونَ: لا يُقْضَى بِهَا إِلا بِعَادَةٍ أَوْ بِحَمْلِ السُّلْطَانِ عَلَيْهَا

العهدة خاصة بالرقيق، ومعناها: كون الرقيق المبيع في ضمان البائع بعد العقد، وهي عهدتان: قليلة الزمان كثيرة الضمان، وهي عهدة الثلاث؛ لأنه يضمن فيها كل شيء. وكثيرة الزمان قليلة الضمان؛ لأنه إنما يضمن ثلاثة أمراض: الجنون، والجذام، والبرص. واختلف في وجوب الحكم بها على القولين اللذين ذكرهما المصنف.

وفي البيان ثالث: [٤٨٠/ أ] لا يحكم بها وإن اشترطوها. قال: وهو قول ابن القاسم في الموازية. ومحمد بن عبد الحكم يرى عهدة السنة حراماً لا يعمل بها. انتهى.

وعلى رواية المدنيين يجب حمل الناس عليها، وعلى رواية المصريين فهل يستحب أن يحمل غير بلاد العهدة عليها؟ روى ابن القاسم: وددت أن يحمل الناس عليها. وروى أشهب: لا يحمل أهل الآفاق عليها وليتركوا على حالهم.

فائدة:

قال المتيطي: إحدى وعشرون مسألة لا عهدة فيها على المشهور؛ الأمة والعبد اللذان ينكح عليهما، والرأس المخالع به، والمصالح به في دم، والمسلم فيه، والمسلم به، والقرض، والغائب يشتري على الصفة، والمقاطع به من الكتابة، والذي يبيعه السلطان على مفلس أو غيره، والمشترى للعتق بشرط، والمأخوذ من دين، والمردود بالعيب، ورقيق الميراث، والعبد المرهون، والأمة يشتريها زوجها، والعبد الموصى بشرائه للعتق، والعبد المكاتب به، والعبد الموصى ببيعه من زيد، والموصى ببيعه ممن أحب، والذي يباع بيعاً فاسداً. قال: وفي بعض ما ذكرنا تنازع بين مالك وأصحابه.

فَفِي الثَّلاثِ جَمِيعُ الأَدْوَاءِ عَلَى الْبَائِعِ. والنَّفَقَةُ والْكِسْوَةُ بِخِلافِ الْغَلَّةِ عَلَى الْمَشْهُورِ

هذا ظاهر، وإنما كانت النفقة والكسوة عليه؛ لأن الضمان منه، ولذلك كان أرش الجناية له، قاله في المدونة.

ورأى ابن أبي زمنين أن البيع يفسخ هنا؛ لأن الحكم بالأرش موقوف على البرء، والبرء لا يعلم أمره، فلا يتأتى للمشتري انتفاع بالعبد من أجل وقفه للجناية.

قال: إلا أن يسقط البائع عن الجاني القيام بالجناية، فيزول المنع حينئذ لزوال الوقف. قال: إلا أن تكون الجناية مهلكة فلا يجوز البيع؛ لأنه بيع مريض يخاف موته.

قال في المدونة في كتاب الخيار: وما وهب له في عهدة الثلاث من مال وتصدق به عليه فللبائع.

ابن حبيب: إلا أن يكون المشتري اشترط عليه ماله، فيكون ما وهب له أو تصدق به عليه للمشتري. ومقتضى هذا: أن تكون الغلة له، وجعل المصنف هذا غير المشهور، وهو قريب من كلامه في الجواهر. وفي نقلهما نظر؛ لأن في العتبية فيما ربح العبد في الثلاث، أو أوصى له به ولم يستثن المشتري ماله فهو للبائع.

المازري: والقاضي أبو محمد أشار في بعض كتبه إلى ارتفاع الخلاف في الغلة وأنها للمشتري، قال: ولكن المنصوص هنا أن ذلك للبائع.

وَفِي السَّنَةِ الْجُنُونُ، والْجُذَامُ، والْبَرَصُ، ومُسْتَنَدُهُمَا عَمَلُ الْمَدِينَةِ

أي: ودليلنا على العهدتين عمل أهل المدينة. وفي الموطأ: **أن أبان بن عثمان وهشام بن إسماعيل كانا يذكران في خطبتهما عهدة الرقيق في الأيام الثلاث حين يشتري العبد أو الوليدة وعهدة السنة**. ونقل ابن عبد البر: أن عمر بن عبد العزيز قضى بها. وبها قال الفقهاء السبعة. ابن شهاب: والقضاة ممن أدركنا يقضون بها. وخرج أبو داود عن الحسن عن عقبة بن عامر، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**عهدة الرقيق ثلاثة أيام**».

وذكر ابن أبي شيبة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**عهدة الرقيق ثلاثة**». قالوا: ولم يسمع الحسن من عقبة، واختلف في سماعه من سمرة. وفي البيان: ضعف بعضهم حديث عقبة.

وابْتِدَاؤُهُمَا أَوَّلُ النَّهَارِ مِنَ الْمُسْتَقْبَلِ، وقَالَ سَحْنُونٌ: مِنْ حِينِ الْعَقْدِ

قد تقدمت هذه ونظائرها في باب العقيقة. وظاهر كلام المصنف أن قول سحنون نص هنا.

والذي في الباجي والمازري: أنه مخرج على قوله في الصلاة، وهذا إذا كان البيع بتاً، فإن كان بيع خيار فمن يوم إمضاء البيع.

وَفِي تَدَاخُلِهِمَا قَوْلانِ

القولان لمالك، والأقرب عدم التداخل.

ابن بزيزة: وهو المشهور؛ لأن الضمان في كل منهما غير الآخر فصارا كأجنبيين.

وقال بالتداخل ابن الماجشون، وهو قول ابن القاسم، فإن اجتمع مع ذلك استبراء، فقال ابن القاسم: عهدة الثلاث داخلة في الاستبراء. وكذلك روى ابن القاسم عن أشهب في العتبية.

ابن المواز: وقال ابن الماجشون: يدخل في السنة الثلاث والاستبراء. وكذلك روى ابن حبيب عن مالك أن عهدة السنة من يوم البيع.

ابن يونس: ووجه رواية ابن القاسم أن الثلاث والاستبراء في البيع التام الضمان فيه من البائع من كل شيء، ولا يجوز النقد فيهما بشرط. فلما استويا دخل بعض ذلك في بعض، وعهدة السنة الضمان فيها من المبتاع من كل شيء، إلا من ثلاثة أدواء فوجب أن لا يدخل عليها.

ووجه قول ابن الماجشون: أن المراعى في عهدة السنة مرور الفصول الأربعة بذهاب السنة لبيان السلامة، فوجب أن يكون من يوم العقد. وفي الكافي قولٌ أن عهدة الثلاث لا تدخل في الاستبراء. وقال المشيخة السبعة: يبدأ بالاستبراء ثم بالثلاثة ثم بالسنة.

وما يَطْرَأُ واحْتُمِلَ فِيهَا وبَعْدَهَا، فَمِنَ الْمُشْتَرِي عَلَى الصَّحِيحِ

يعني: أن ما حدث في زمان العهدة فإنه من البائع إذا علم أنه حدث فيها، وأما إن أشكل أمره هل طرأ في العهدة أو بعدها، فذكر المصنف أن الأصح أنه من المشتري -وهو قول ابن القاسم- لأنه قال في العبد يأبق في العهدة وقد [٤٨٠/ ب] كان البائع قد تبرأ من إباقه فلم يعلم هلاكه أن ذلك من المشتري حتى يعلم أنه أصابه في العهدة، بناء على أن الأصل السلامة وانبرام العقد.والمنقول في اللخمي، والباجي وغيرهما عن مالك: أن ذلك من البائع.

وفي جعله مقابل الأصح نظر. وقد قال اللخمي: إن قول مالك أقيس؛ لأن الأصل أنه في ضمان البائع، ووجوده بعد الثلاث مشكوك فيه؛ فلا ينتقل عن ضمان الأول بشك.

وَلِلْمُشْتَرِي إِسْقَاطُهَا بَعْدَ الْعَقْدِ

أي: إذا وقع العقد على العهدة فللمشتري إسقاطها؛ لأنه حق له.

وَلِلْبَائِعِ قَبْلَهُ كَعَيْبِ غَيْرِهِ

هكذا وقع في بعض النسخ: (**وَلِلْبَائِعِ**) بلام الجر، وعليها تكلم **ابن راشد**، فقال: يعني وللبائع إسقاط العهدة قبل العقد، كما له أن يتبرأ من سائر عيوب الرقيق.

وفي بعض النسخ: والبائع قبله كعيب غيره، فيحتمل هذا ويحتمل غيره، وهو الذي قاله **ابن عبد السلام**: أن البائع حكمه في العيب قبل الإسقاط كعيب غيره؛ أي: كالعيب مع عدم الإسقاط، كما لو اشترى عبداً على عهدة الثلاث؛ قبضه فبقي يوماً أو يومين ثم أسقط حقه، ثم اطلع على عيب حدث في اليوم الأول أو في الثاني؛ فحكمه في ذلك حكم من اشترى عبداً أو اطلع فيه على عيب قديم.

فَإِنْ حَدَثَ مَا يَمْنَعُ الرَّدَّ كَالْعِتْقِ، فَقِيلَ: تَسْقُطُ بَقِيَّتُهَا. وقِيلَ: تَبْقَى ويَرْجِعُ بالأَرْشِ. وقِيلَ: تَبْقَى ويُرَدُّ الْعِتْقُ ....

أي: فلو أعتق المشتري العبد المبيع على العهدة، أو كاتبه، أو دبره، أو أولدها ونحو ذلك؛ ففي الموازية: تسقط بقية العهدة. وعليه فتسقط النفقة على البائع.

وقال أصبغ وسحنون: ينفذ العتق ويرجع بقيمة العيب. **اللخمي**: وهو أحسن.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم ثلاثةَ أقوال: اثنين كالمتقدمين، والثالث: يرد العتق. وذكر هذا القول في عهدة السنة.

الباجي: وهو في عهدة الثلاث أولى.

وألزم المازري على نقض العتق بما يحدث في العهدة نقضه أيضاً بعيب قديم ثم اطلع عليه، على طريق من قال: أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله.

وفِيهَا: ولا يُنْقَدُ فِي عُهْدَةِ الثَّلاثِ بِشَرْطٍ، بِخِلافِ السَّنَةِ

تقدمت هذه المسألة مع نظائرها، وفهم من قوله: (**بِشَرْطٍ**) أنه لو طاع بذلك لجاز. قالوا: ولو تطوع به ثم أراد استرجاعه ووضعه على يد أمين لم يكن له ذلك، وجاز الاشتراط في عهدة السنة؛ لأنها في عيوب يسيرةٍ الغالبُ السلامة منها؛ فيؤمن من الوقوع في: تارة بيعاً وتارة سلفاً.

ولعله نسب المسألة للمدونة لإشكالها؛ لأنه منع اشتراط النقد في الثلاث؛ وألزم النقد في بيع الثمار بعد الزهو بمجرد العقد وكلاهما في ضمان البائع. وفرقوا بغلبة الأمن في الثمار؛ ولأن ما يطرأ في الثمار يستوي فيه المتبايعان بخلاف الثلاث؛ لاحتمال تقدم علم البائع بالعيب.

فروع:

الأول: إن بنينا على عدم الجواز بشرط قبض، محمد: على أنه يجوز في المواضعة وضع الثمن عنده مختوماً عليه.

بعض الموثقين: وعهدة الثلاث لا شك فيها.

الباجي: ويجيء على قول القاضي أبي محمد في مسألة بيع العربان أن ذلك جائز. بعض القرويين: وإنما لم يجز هنا للطبع عليه بخلاف الرهن؛ لأن الثمن في المواضعة عين الحق، بخلاف الرهن فإنه إنما وضع توثقاً.

الثاني، قال محمد: ولو لم يتطوع أولاً به وتشاح هو والبائع في بقائه بيد ثقة إلى انقضاء العهدة أو الاستبراء؛ فهل يجب ذلك على المبتاع أم لا ؟ فيه عن مالك روايتان: إحداهما في العتبية: أنه لا يلزمه ذلك، وقاله في المبسوط. والأخرى في الموازية: أن ذلك لازم له، وقاله ابن القاسم، وابن حبيب، وابن عبدوس.

الباجي في وثائقه: ودليل المدونة ما في العتبية؛ لأنه قال فيها: وإذا اشترى الجارية وهي ممن يتواضع مثلها أيصلح أن يشترط مواضعة النقد على يد رجل؟ قال: نعم. فيدل على أنه لو لزمه لما احتاج البائع إلى الشرط.

الثالث: إن تلف هذا المال عند المودَع وخرج المبيع من العهدة سالماً، فإن ضمان الثمن من البائع وأخذ المبتاع عبده دون شيء، وإن هلك المبيع فهو من البائع ومصيبة الثمن من المبتاع.

وإن ظهر بالمبيع عيب حدث في العهدة، أو كان به قبلها وأراد المبتاع الاستمساك به، فهل يكون له ذلك مع ضياع الثمن أم لا ؟ فيه عن مالك روايتان؛ **إحداهما: أن له ذلك.** ابن القاسم: بالثمن التالف. **والأخرى**: أنه ليس له ذلك. قال ابن الماجشون: ويفسخ البيع بينهما، إلا أن يأخذ بثمن آخر فيكون ذلك له. وقال سحنون: إن تلف الثمن قبل حدوث العيب فلا يأخذه إلا بثمن آخر، وإن تلف بعد حدوثه وقبل رضا المبتاع به فله أخذ المبيع دون ثمن.

الجنون الذي يرد به في السنة: هو ما كان عن مس الجان، ومعناه الوسوسة. الباجي وغيره: وهو مذهب مالك، إلا ابن وهب فإنه رأى الجنون مطلقاً موجباً للرد ولو كان بضربة أو غيرها.

الرابع: لو ظهر أحد الأدواء الثلاثة ثم ذهب قبل الرد، فقال مالك وسحنون: يرد بالجنون إذ لا تؤمن عودته. وأما الجذام والبرص، فقال ابن حبيب: هو كالجنون. وقال ابن القاسم: لا رد له إلا أن يقول أهل المعرفة أن عودته لا تؤمن. وعلى هذا فالخلاف خلاف [٤٨١/ أ] في حال.

و أما ما ذهب من العيوب الحادثة في الثلاث قبل الرد، فإن كانت مما تؤمن عودته فلا رد، كذهاب البياض من العين، وأما ما يتقى عوده كالحمى، فقال سحنون: له الرد. وقال أشهب بالتوقف حتى ينظر، فإن لم يتبين ذهابها فلا رد، وإن عادت بالقرب رد.

وَيَنْتَقِلُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْعَقْدِ الصَّحِيحِ، إِلا فِيمَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ مِنْ كَيْلٍ، أَوْ عَدَدٍ، أَوْ وَزْنٍ ....

لما فرغ من الكلام في لزوم العقد وجوازه شرع في بيان حكمه قبل القبض وبعده، وتكلم في أمور ثلاثة: في انتقال الضمان، وفي صورة القبض، وفي وجوبه. ثم إن البيع قسمان: صحيح، وفاسد.

وبدأ بالصحيح، والدليل على انتقال الضمان بالعقد -إلا فيما استثناه المصنف- قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيح: «**الخراج بالضمان**». والإجماع أن الخراج للمشتري بالعقد.

وَفِي الثِّمَارِ قَبْلَ كَمَالِ الطِّيبِ وَفِي الْمَحْبُوسَةِ بِالثَّمَنِ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ خَاصَّةً

هذا معطوف على ما فيه حق توفية؛ أي: أن هذين لا ينتقل فيهما الضمان بالعقد، أما الثمار فلبقاء ضمان الجوائح فيها، وأما المحبوسة؛ أي: سلعة بيعت وليست من الثمار قبل الطيب ولا فيها حق توفية وحبسها البائع لأجل ثمنها؛ فضمانها من بائعها، وهذه إحدى الروايتين عن مالك. والثانية: أن الضمان من المشتري.

ابن المواز: وإنما اختلف قول مالك في هذا إذا لم ينقد، والمشهور من قول ابن القاسم أنها تضمن كالرهان، إلا أن يكون المشتري هو التارك لها فكالوديعة.

ولهذا قال سحنون في نوازله، جميع أصحاب مالك: أن المحبوسة بالثمن ضمانها من المبتاع، إلا ابن القاسم فإنه رأى حكمها كالرهن.

قال في البيان: وهو المشهور من قوله. قال: ويتحصل في تلفها إن قامت بينة عليه قولان؛ **أحدهما:** أن مصيبتها من البائع ويفسخ البيع. **والثاني:** أن مصيبتها من المبتاع ويلزمه الثمن. وإن لم تقم بينة على تلفها أربعة أقوال:

أحدها: أن البائع يصدق مع يمينه على ما ادعاه من تلفها، كانت قيمتها مثل الثمن أو أقل أو أكثر، وينفسخ البيع، وهو قول سحنون.

الثاني: أنه يصدق مع يمينه على ما ادعاه من تلفها ويفسخ البيع، إلا أن تكون قيمتها أكثر من الثمن فلا يصدق إلا أن يصدقه المبتاع، وهو بالخيار بين أن يصدقه فيفسخ البيع، أو يضمنه القيمة ويثبت البيع، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية.

وهذان القولان على قياس القول بأن المصيبة من البائع، وينفسخ البيع إذا قامت البينة على التلف.

الثالث: أن البائع يصدق مع يمينه فتلزمه قيمتها إذا كانت أقل من الثمن أو أكثر ويثبت البيع، وهو الذي يأتي على المشهور من قول ابن القاسم أن المحبوسة بالثمن حكمها حكم الرهن.

الرابع: أن البائع مصدق مع يمينه في تلفها وتلزمه قيمتها، إلا أن تكون أقل من الثمن فلا يصدق؛ لأنه يتهم أن يدفع إليه القيمة ويأخذ الثمن وهو الأكثر، إلا أن يصدقه المبتاع فيكون بالخيار بين أن يصدقه فيأخذ القيمة ويدفع إليه الثمن، وإن كان أكثر أو لا يصدقه وينقض البيع.

وهذان القولان على قياس القول بأن مصيبة المحبوسة بالثمن مصيبتها من المبتاع إذا قامت البينة على تلفها كالرهن. انتهى.

ونقل غيره عن مالك قولاً بالتفصيل؛ لأنه قال في مختصر ما ليس في المختصر: إن كان المشتري من أهل البلد وهو موسر فالمصيبة من البائع، وإن كان غريباً أو ليس بموسر فالمصيبة من المشتري.

وقوله: (**خَاصَّةً**) عائد على ابن القاسم؛ أي: أن ابن القاسم انفرد به دون أصحاب مالك كما قاله سحنون. وجعله **ابن عبد السلام** عائداً على المحبوسة لا إلى ابن القاسم،

قال: لأن ابن القاسم لم ينفرد به، بل هو أحد قولي مالك في المدونة. قال: وكذلك المحتبسة لأجل الإشهاد عند المتأخرين.

فرع:

إذا بقيت السلعة بيد البائع على سبيل المساكنة فاختلف المتأخرون، هل تلحق بالمحبوسة بالثمن، أو بالوديعة ؟ على قولين، بناء على وجوب التسليم بمجرد العقد حتى يتبين قصد احتباسها. والأصل: بقاؤها على ملكه، وإنما يرضى بتسليمها إذا قبض ثمنها.

وقِيلَ: يُشْتَرَطُ مُضِيُّ زَمَنٍ يَتَّسِعُ لِلْقَبْضِ. وقِيلَ: بِشَرْطِ تَمْكِينِ الْبَائِعِ. وقِيلَ: لا يَنْتَقِلُ إلا بِالْقَبْضِ كَالشَّيْءِ الْغَائِبِ والْمُوَاضَعَةِ

هذه الأقوال راجعة لصدر المسألة. أي: المشهور أن الضمان ينتقل بالعقد، وقيل: إنما ينتقل بالعقد بشرط مضي زمن يتسع فيه للقبض، حكاه المازري عن بعض الأشياخ. وقيل: بشرط تمكين البائع من القبض، وليس أخص من الذي قبله؛ لأنه قد يوجد تمكين البائع للمشتري من القبض إثر البيع قبل تمام الزمان الذي يتسع للقبض.

وتصور الثالث ظاهر، وعزاه ابن رشد لأشهب، وحكاه أيضاً المازري عن بعض الأشياخ، وأنكره ابن دحون، ورد عليه ابن رشد بوجوده.

وقوله: (**كَالشَّيْءِ الْغَائِبِ**) أي: كما أن الشيء الغائب والمواضعة لا ينتقل ضمانها إلا بالقبض فكذلك هذا. وفي بعض النسخ: كالمستثنى والغائب، فيكون مراده بالمستثنى ما استثني أولاً بقوله: (إلا فيما فيه حق توفية...) إلى آخره. وليس ذكر المواضعة بيناً؛ لأن ضمان البائع فيها ينتهي بخروج الأمة من الحيض. بل الذي نقله الباجي أن الضمان ينتهي برؤية الدم، قال: لأن ابن القاسم [٤٨١/ ب] في المدونة أجاز للمشتري برؤية الدم الاستمتاع.

وما ذكره المصنف من أنها في ضمان البائع إلى قبض المشتري، **ابن عبد السلام**: قد أنكر وجوده في المذهب بعض كبار الشيوخ وحفاظهم. وبنى على هذا الإنكار تخطئة ما يثبته الموثقون وغيرهم من الحكم على البائع بإنزال المشتري في الربع المبيع وبطواف الشهود عليه. وقال: لو كان هذا لازماً للبائع لكان ذلك حق توفية، فيكون ضمان الدار المبيعة من بائعها حتى يقبضها المشتري. وأثبت بعضهم هذا القول في المذهب، ورأى أن القول بإنزال المشتري مبني عليه. وبالجملة فهو قول مختلف في ثبوته بين الشيوخ وأصول المذهب تأباه.

وَالْقَبْضُ فِي الْمَكِيلِ بِالْكَيْلِ، وَفِي الْمَوْزُونِ بِالْوَزْنِ، وَفِي الْمَعْدُودِ بِالْعَدَدِ

هذا هو القسم الثاني في صورة القبض وهو ظاهر.

فرع:

وهل أجرة الكيل على البائع أو على المشتري ؟ في الموازية قولان: ابن شعبان: أجرة الكيل والوزن في المبيع على البائع؛ وفي الثمن على المشتري.

عياض: وهذا موافق للقول أنه على البائع؛ إذ كل واحد منهما بائع لشيئه من صاحبه؛ وهو الأقرب.

وَفِي اعْتِبَارِ قَدْرِ الْمُنَاوَلَةِ قَوْلانِ

أي: إذا وزن أو كال فهل ينتقل بمجرد ذلك؛ بحيث لو أتلف حينئذ كان ضمانه من المشتري، أو لابد من اعتبار قدر المناولة ؟ وأطلق الخلاف تبعاً للمازري وابن شاس. وزاد المازري ثالثاً: إن كان المشتري هو المتولي الكيل لنفسه فالضمان منه. وتبع **ابن راشد**، و**ابن عبد السلام** هذه الطريقة. وقال في البيان: إن تولى البائع أو أجيره الكيل ثم سقط المكيال من يد البائع وقبل أن يصبه في وعاء المشتري؛ فلا خلاف أن ضمانه من البائع، وإنما الخلاف إذا تولى ذلك المشتري أو أجيره، فروى يحيى عن ابن القاسم أن مصيبته من

البائع، ورواه أشهب عن مالك. وقال سحنون في نوازله: إن مصيبته من المبتاع، وسواء كان المكيال من البائع أو المبتاع، إلا أن يكون المكيال هو الذي ينصرف به المبتاع إلى منزله ليس له إناء غيره؛ فيكون ضمان ما فيه منه إذا امتلأ؛ كان له أو للبائع واستعاره منه المبتاع، قاله ابن وهب في رواية أبي جعفر عنه.

وَفِي الْعَقَارِ التَّخْلِيَةُ

أي: والقبض في العقار بالتخلية، أي: يخلي البائع بينه وبين المشترى ويمكنه من التصرف فيه بتسليم المفتاح، وشرط الشافعية فيه تفريغه من أمتعة البائع. وبه فسر **ابن راشد** كلام المصنف، وكذلك قال **ابن عبد السلام**: إن إخلاءها من الشواغل هو ظاهر كلام المصنف وليس بظاهر؛ لأن المصنف إنما قال: التخلية. وإنما يأتي ما قالاه لو قال: الإخلاء؛ بل يكتفى بالتسليم وإن لم يحصل الإخلاء؛ لأن مقتضى كلام اللخمي: أنه يكتفى في الدور بمجرد التسليم؛ قال: إلا في دار السكنى فلابد من إخلائها من الشواغل. وقد نص المصنف في الرهن على أن قبضه كقبض المبيع.

وَفِي غَيْرِهِمَا الْعُرْفُ

أي: والقبض في غير المثلي والعقار ما يعد في العرف قبضاً؛ كاختبار الثوب وإعطائه رسن الدابة.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْبِدَايَةِ أُجْبِرَ الْمُشْتَرِي، وَقِيلَ: يُخَلَّيَانِ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ لَهُ الآخَرُ

هذا هو القسم الثالث وهو الإجبار عليه. ولا شك أن كلاً من المتبايعين يجب عليه تسليم العوض، فإن اختلفا، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض. وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض.

المازري: ولا أعرف فيها نصاً لمالك ولا للمتقدمين.

ابن القصار: والذي يقوى في نفسي على المذهب أحد أمرين؛ جبر المشتري وهو مذهب أبي حنيفة، أو إعراض الحاكم عنهما، ومن تطوع منهما أجبر له الآخر، قال: وأن يجبر المبتاع أقوى. فأنت ترى كيف لم يجزم بشيء، والمصنف قد حكى الاحتمالين قولين وليس بجيد.

وخرج عبد الحميد قولين؛ **أحدهما**: جبر المشتري من جبر الزوج على دفع الصداق قبل الدخول؛ لأن الزوج مشتر والمرأة بائعة.

والثاني: تبدئة البائع من اختلاف المكتري وصاحب الدابة؛ فإنه قال في الأكرية من المدونة: يبدأ صاحب الدابة بالدفع، فكلما مضى يوم أخذ حصته من الكراء.

ونقل بعض من تكلم على هذا المحل عن شيخه الزواوي: أنه كان يتعجب من احتياجهم إلى مثل هذا الاستقراء على ضعفه وفي المدونة ما هو نص أو كالنص على تبدئة المشتري؛ ففي كتاب العيوب منها: ومن اشترى عبداً فللبائع أن يمنعه من قبضه حتى يدفع إليه الثمن.

وكذا قال **ابن عبد السلام** وزاد موضعاً آخر كهذا؛ وهو أنه قال في هبة الثواب: فأما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع.

وقال القاضي إسماعيل: يدفع الثمن والمثمون إلى رجل فيدفع الرجل إلى كلٍّ منهما ما يستحقه.

وصحح المازري أن المتبايعين يخرج كل واحد منهما ما عنده ويمد يده إلى صاحبه، وإن تعذر هذا انتقلا إلى القرعة.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا ضَمَانَ فِي الْفَاسِدِ إِلا بِالْقَبْضِ. وقَالَ أَشْهَبُ: أَوْ بِالتَّمْكِينِ، أَوْ بِنَقْدِ الثَّمَنِ ....

لما قدم ما ينتقل به الضمان في البيع الصحيح أخذ فيما ينتقل به الضمان في البيع الفاسد. وتصور كلام ابن القاسم ظاهر. وزاد أشهب شيئين آخرين للضمان؛ وهما: تمكين المشتري من السلعة، وإعطاء الثمن للبائع. وقال سحنون: إنما يضمن بعد العقد ضمان الرهان. [٤٨٢/أ] والأظهر قول ابن القاسم؛ لأن المشتري إنما قبض لحق نفسه على نحو ما يقبض المالك، ولم يقبضه للانتفاع بالثمن كالرهن، ولا للانتفاع به مع بقائه كالعواري، ولا دخل به على احتمال رده كالخيار.

وَيُقَوَّمُ وَقْتَ ضَمَانِهِ لا وَقْتَ الْعَقْدِ

أي: أن المبيع بيعاً فاسداً إذا فات ووجب ضمانه فيقوم في أول أزمنة ضمانه؛ وهو يوم القبض عند الجميع، أو يوم التمكين، أو دفع الثمن عند أشهب.

ابن راشد: وما ذكره المصنف هو المشهور. وقيل: يقوَّم يوم العقد. وقيل: يوم الفوت.

واسْتِعْمَالُهُ مُطْرَحٌ؛ إِذِ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ

أي: ما استغله المشتري من المبيع بيعاً فاسداً فهو له؛ ولو فسخ البيع ورد المبيع، وعلله بما ذكره.

ولا يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِيهِ إِلا بِالْقَبْضِ والْفَوَاتِ

يعني: أَنَّا وإن قلنا: الضمان في المبيع بيعاً فاسداً ينتقل بالقبض؛ فالملك لا ينتقل بذلك، بل لابد من ضميمة الفوات. وفي بعض النسخ: على المعروف؛ إشارة إلى ما ذهب إليه سحنون: أن الملك لا ينتقل بوجه في الحرام البين. وذهب ابن مسلمة إلى أن الفسخ بعد القبض استحسان، وظاهره أن العقد الفاسد إذا اتصل به القبض نقل الملك.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْحَرَامِ الْبَيِّنِ: الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيِّ والْقِيمَةُ فِيمَا سِوَاهُ، وما كَرِهَهُ النَّاسُ يَمْضِي بِالثَّمَنِ، وقِيلَ: بِتَعْمِيمِ الأَوَّلِ ....

نسب هذا لابن القاسم لاختصاصه به؛ أي: أن ابن القاسم فرق في الفاسد بين أن يكون حراماً صريحاً ثبت تحريمه بنص أو إجماع وشبه ذلك، وبين أن يكون مدركُ تحريمه قياساً وعموماً بعيداً، فالأول تلزم فيه القيمة في المقوم والمثل في المثلي، والثاني يمضي بالثمن؛ أي: يمضي بالثمن بعد الفوات، نص عليه في الجواهر.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه يمضي بالعقد الأول ولا يرد، وليس بظاهر؛ لأن كلام المصنف ليس فيه ما يعطيه أنه يمضي بالعقد. وباشتراطه الفوات علم أنه لم يرد المكروه الذي هو مقابل المندوب؛ وإنما أراد ما جرت به عادة المتقدمين من إطلاق المكروه على نوع من الحرام. ولهذا أكد الحرام بالبين في القسم الأول.

ومثل ابن القاسم المكروه بمن أسلم في حائط بعينه قد أزهى ويشترط أخذ ثمره؛ فإنه يفوت بالقبض.

وقوله: (**وقِيلَ: بِتَعْمِيمِ الأَوَّلِ**) الذي هو الحرام البين؛ فيفسخ مطلقاً، فإن فات وجبت فيه القيمة إن كان مقوماً والمثل إن كان مثلياً، وهو قول ابن نافع وسحنون.

وحكى اللخمي في المختلف فيه أربعة أقوال؛ قيل: يمضي بالعقد. وقيل: بالقبض. وقيل: بالفوات فيمضي بالثمن. وقيل: بالقيمة كسائر البياعات الفاسدة، وهو قول من لم يراعِ الخلافَ.

فَإِنْ كَانَ دِرْهَمَانِ وسِلْعَةٌ تُسَاوِي عَشَرَةً بِثَوْبٍ فَاسْتُحِقَّتِ السِّلْعَةُ وفَاتَ الثَّوْبُ؛ فَلَهُ قِيمَةُ الثَّوْبِ بِكَمَالِهِ عَلَى الأَصَحِّ، ويَرُدُّ الدِّرْهَمَيْنِ لا قِيمَةَ نِصْفِهِ وثُلُثِهِ ....

يعني: فلو كان التعاوض بأن دفع رجل درهمين وسلعة تساوي عشرة دراهم وأخذ ثوباً فاستحقت السلعة من يد من أخذها؛ فحقه أن يرد الدرهمين ويرجع فيأخذ ثوبه؛

لأنه لما استحق جل ما بيده انتقضت الصفقة كلها. لكن المصنف فرض فوات الثوب، وفواته بحوالة السوق فأعلى.

وقوله: (**فَلَهُ**) أي: مع الفوات قيمة الثوب كاملاً ويرد الدرهمين لصاحب السلعة؛ بناءً على أن الصفقة إذا استحقت جلها انفسخت كلها به، وهذا هو المشهور.

وقيل: إنما له قيمة خمسة أسداسه في المثال المذكور؛ بناءً على صحة البيع فيما قابل الدرهمين لعدم استحقاقهما؛ لأنك قد علمت أن قيمة السلعة عشرة دراهم؛ فإذا أضفت إليها الدرهمين كانت نسبتهما من الجميع السدس، فيمضي البيع في سدس الثوب؛ فلو كانت قيمته خمسة عشر مثلاً قاصه بدرهمين ويرجع بثلاثة عشر على المشهور، وعلى مقابله باثني عشر ونصف.

فلو كانت قيمته تسعة رجع على المشهور بسبعة وقاصه بدرهمين، وعلى مقابله بسبعة ونصف.

أما لو كانت قيمته اثني عشر كعوضه؛ رجع بعشرة اتفاقاً ويقاص بدرهمين على المشهور ويملكها على مقابله بغير مقاصة.

وزعم **ابن عبد السلام** أن قوله: (**لا قِيمَةَ نِصْفِهِ وثُلُثِهِ**) لا يريد به خصوصية هذه المسألة؛ لاستحالة أن تكون السلعة ثلثاً ونصفاً، وإنما مراده: لا قيمة ثلثه إن كانت السلعة ثلث الصفقة كما لو كانت تساوي درهماً واحداً، ولا قيمة نصفه كما لو كانت تساوي درهمين. وهذا ليس بظاهر؛ لما ذكرناه.

والْفَوَاتُ بِتَغَيُّرِ الذَّاتِ، وتَغْيِيرِ السُّوقِ، والْخُرُوجِ عَنِ الْيَدِ بِالْبَيْعِ الصَّحِيحِ، وتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهَا كَرَهْنِهَا أَوْ إِجَارَتِهَا

لما ذكر أن الملك ينتقل بالفوات ذكر له أربعة أسباب؛ **الأول**: تغيير الذات. **الثاني**: تغيير السوق. **الثالث**: الخروج عن اليد ببيع أو هبة أو صدقة أو عتق. وليس تخصيص المصنف البيع بظاهر. **والرابع**: تعلق حق الغير بها كما ذكرنا.

وظاهر كلامه يقتضي أن تغير الذات يفيت المثلي، وقاله ابن شاس. والذي في اللخمي والمازري وابن بشير: أنه لا يفوت؛ لأن المثل يقوم مقامه.

ويُعْتَبَرُ فَوَاتُ الْغَرَضِ الْمَقْصُودِ فَتَفُوتُ الدَّارُ بِالْهَدْمِ والْبِنَاءِ

أي: ويعتبر في التغيير الموجب للفوات أن يكون ذلك التغيير مفيتاً للمقصود، ولا شك أن التغيير على هذا الوجه مفيت، ومفهومه: أن العيب الذي لا يفيت الغرض ليس [٤٨٢/ ب] بفوت، وظاهر النقول خلافه؛ ففي المدونة: ومن اشترى أمة بيعاً فاسداً فولدت عنده ثم مات الولد فذلك فوت. وقال اللخمي: تغيير المبيع في نفسه بزيادة أو نقص مفيت وأطلق.

وقوله: (**فَتَفُوتُ الدَّارُ بِالْهَدْمِ**) قال في البيان في باب جامع البيوع: إن الحائط في البيع الفاسد لا يفوت بالبناء اليسير. قال في العتبية: ويكون على ربِّ الحائطِ إذا رُدَّ إليه ما أنفق في بنيان جدار أو حفر بئر. وقيل: قيمة ما أنفق.

والأَرْضُ بِالْغَرْسِ وقَلْعِهِ

قال في الجواهر: وكذلك حفر الآبار وشق العيون، ولا شك أن هذا مفيت. وقسمها أصبغ في العتبية على ثلاثة أقسام: فقال فيمن اشترى أرضاً بيضاء شراء فاسداً فقبضها فغرس حولها شجراً حتى أحاط بالأرض وعظمت في ذلك المئونة وبقي أكثرها بياضاً: أنه فوت لجميعها، وإن كان إنما غرس ناحية من الأرض فاتت تلك الناحية. وإن كان إنما غرس يسيراً لا بال له رد جميعها وكان على البائع للغارس قيمة غرسه.

ابن محرز والمازري: والصواب أن يكون له قيمتها قائمة؛ لأنه غرسها بشبهة. وخرج بعضهم قولاً بأنه يأخذ ما أنفق، وجعل في البيان الناحية التي تفوت بالغرس أن تكون قيمتها ثلث المجموع أو ربعه. وعلى هذا فيكون اليسير الذي لا يفوت به ما دون الربع يسقط.

ونقل في البيان قولاً آخر في الغرس في الناحية: أن البيع يفسخ في الأرض كلها، فيبطل عن المبتاع جميع الثمن إن كان لم يدفعه، ويرد إليه جميعه إن كان دفعه، وعليه قيمة الناحية التي فوت بالغرس بالغة ما بلغت، وهذا القول قائم من الدمياطية لابن القاسم، واحترز بالغرس من الزرع فلا يكون فوتاً، قاله ابن القاسم.

قال ابن المواز: فإن فسخ في إبان الزراعة لم يقلع وعليه كراء المثل، وإن فسخ بعد الإبان فلا كراء عليه.

فَلَوْ بَاعَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ فَقَوْلانِ

أي: فلو باع المشتري المبيع بيعاً فاسداً بيعاً صحيحاً؛ فإن كان البيع بعد قبض المبيع فات، وإن كان قبله فهل يفوت ؟ قولان لمالك في الموازية.

عياض: واختلفوا في حمل المدونة عليها، ولا يختلفون أنه لو علم بالفساد ثم باعها قصداً للتفويت أن بيعه غير ماض.

وقوله: (**بَاعَهُ**) ثانياً أي: بيعاً صحيحاً، وأما الفاسد فلا أثر له.

ابن عبد السلام: وما قاله عياض إنما يتم إذا كان المشتري منه واطأه على قصد التفويت، وأما إن لم يقصده فلا يبعد أن يختلف فيه على أن بعضهم أشار إلى وجود الخلاف فيه نصاً. ووقع في الرواية: أن المشتري إذا قصد إلى تفويته بالبيع من غيره؛ فإنه لا يفوت بذلك إلا بالعتق. انتهى.

وفي اللخمي: البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد وإن قصد بذلك التفويت. فانظره مع كلام عياض.

وَتَغَيُّرُ السُّوقِ يَعْمَلُ فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ دُونَ الْعَقَارِ، وَذَوَاتِ الأَمْثَالِ مِنَ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مِنَ الْمَعْدُودِ، وَقِيلَ: فِي الأَرْبَعَةِ كَغَيْرِهِ ....

يعني: أن تغير السوق بزيادة أو غيره أو نقص يعمل، أي: يفيت الحيوان والعروض باتفاق، ولا يعمل في العقار وذوات الأمثال على المشهور.

وقال ابن وهب: يعمل أيضاً فيهما، وإليه أشار بقوله: وقيل في الأربعة كغيره؛ لأنه أراد بالأربعة العقار، وثلاثة أنواع: المثلي المكيل، والموزون، والمعدود. وفرق للمشهور بأن غالب شراء العقار للغنية؛ فلا يطلب فيه كثرة الثمن وقلته بخلاف غيره، وبأن الأصل في ذوات الأمثال القضاء بالمثل والقيمة كالفرع؛ فلا يعدل إليها مع إمكان الأصل.

وَفِي بَيْعِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ قَوْلانِ

أي: وفي بيع المذكور وهو العقار وذوات الأمثال، وهما القولان المتقدمان. وكرره؛ لأنه لما لم يعمل فيها تغيير السوق فلا يتوهم لأجل ذلك لا ملك يعمل فيه تغير؛ فلا يخاف أن يتهم أنه يعمل فيها غيره من المفوتات، على أن الظاهر أن مراده بهذا خلاف الأول، ويتضح لك ذلك بما قاله في الجواهر، فلو باع ما اشتراه شراء فاسداً فقد رأى المتأخرون في نفوذ البيع له وهو في يد بائعه قولين، قالوا: وكذلك عكسه؛ وهو أن يبيع البائع ما باعه بيعاً فاسداً بعد قبض من اشتراه الشراء الفاسد. وجعلوا سبب الخلاف كون البيع الفاسد هل ينقل شبهة الملك أم لا؟ انتهى.

فيحمل كلامه في هذا الفرع على الفرع الثاني الذي في ابن شاس، وقد حكى ابن بشير هذا الخلاف أيضاً.

وَفِي طُولِ الزَّمَانِ فِي الْحَيَوَانِ قَوْلانِ

أي: وفي مجرد الطول فقط. والقول بأنه يفيت مذهب المدونة، والقول الآخر ذكره ابن شاس. وعلى المشهور فذكر فيها في العيوب أن مرور الشهر فوت، وذكر في السلم أن

الشهرين لا يكون فوتاً، وحمله اللخمي على الخلاف، ورأى المازري أنه ليس بخلاف وإنما هو اختلاف شهادة.

تنبيه: سكت المصنف عن الطول في غير الحيوان، أما العقار، فقال في البيان: واختلف قول ابن القاسم في طول الزمان هل هو فوت في الأرضين والدور أم لا ؟ والقولان في كتاب الشفعة من المدونة نص في موضع منها أن طول الزمان فوت، وفي موضع آخر أن السنتين والثلاث ليس بفوت، فدل أن طول الزمان فوت.

ونص اللخمي والمازري أن مالكاً وابن القاسم قالا: لا يفيتها الطول. قالا، وقال أصبغ: [٤٨٣/ أ] إلا أن يكون الطول عشرين سنة، فإن هذا لابد أن يدخله التغيير في بعض الوجوه والبلاد.

وأشار المازري إلى أن ما ذكر أصبغ لا يخالف فيه؛ والرواية المذكور فيها: أن مجرد الطول لا يفيت؛ إنما أطلقت على أن طول الزمان لم يغير عينها.

وأما العروض، ففي المدونة: لا يفيتها الطول؛ إذ لم تتغير في نفسها ولا حال سوقها. وذكر ابن راشد أن طول الزمان في العروض مفيت، قال: لسرعة التغيير فيها.

وَنَقْلُ الْعُرُوضِ وَالْمِثْلِيِّ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ بِتَكَلُّفٍ أَوْ إِجَارَةٍ، وَوَطْءُ الأَمَةِ كَتَغَيُّرِ السُّوقِ....

أي: فيفيت غير المثلي ولا يفيت المثلي على المشهور، وهذا ظاهر كلامه وفيه نظر؛ لأن الذي نقله المازري وغيره: أن نقل العروض والمثلي مفيت، ولم أر خلافه. وتقييده بتكلف وإجارة يخرج الحيوان الذي ينتقل بنفسه فلا يكون نقله فوتاً. قال المتأخرون: إلا في خوف الطريق وأخذ مكترٍ عليه، فذلك فوت لما فيه من الضرر. ونبه بقوله: (**بِتَكَلُّفٍ أَوْ إِجَارَةٍ**) على وجه إلحاقه بتغير السوق؛ وهو ما يلحق من زيادة فيها.

وما ذكره المصنف من وطء الأمة هو في الموازية لابن القاسم، ووجهه: أنه يفتقر إلى إيقافها إلى الاستبراء، ويمنع السيد من التصرف فيها بالبيع والوطء وغيره؛ فيلحق البائع الأول الضرر.

اللخمي: ولم يجعل ابن القاسم الغيبة عليها فوتاً ولا يعلم الوطء إلا بذلك، فإن قال: وطئتها؛ صدق. فإن قال: لم أصبها وصدقه البائع؛ ردت ووقفت للاستبراء، وإن كذبه وكانت من العلي لم ترد، وإن كانت من الوخش فالقول قوله: أنه لم يصب؛ وردت ولم توقف.

وَلَوِ ارْتَفَعَ السَّبَبُ قَبْلَ الْحُكْمِ بِالْفَوَاتِ، فَإِنْ كَانَ بِتَغَيُّرِ سُوقٍ ثُمَّ عَادَ لَمْ يَرْتَفِعْ، وَفِي ارْتِفَاعِهِ بِالْبَيْعِ ثُمَّ يَرْجِعُ، وَبِالْعِتْقِ وَالتَّدْبِيرِ ثُمَّ يَرُدُّهُ الْغَرِيمُ، وَبِالإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ وَالْعَيْبِ ثُمَّ يَزُولُ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

أي: إذا وقع البيع فاسداً وحصل هنالك مفيت من الأنواع المفيتة، ثم ارتفع ذلك المفيت قبل أن يحكم القاضي بعدم الرد، وأما لو حكم لمضى اتفاقاً. فإن كان المفيت تغير سوق ثم زال، فإنه يقدر كأن التغيير حاصل، وإليه أشار بقوله: (**لَمْ يَرْتَفِعْ**) إلى الفوات. وإن كان غيره -كما ذكر المصنف- فقال ابن القاسم: يرتفع الفوات ويكون له الرد. وقال أشهب: لا يرتفع كحوالة الأسواق.

وفرق لابن القاسم بوجوه؛ **أولها**: أن السوق الثانية غير الأولى بخلاف البيع؛ فإن البيع إذا رجع فهو الأول بعينه قطعاً. ورده المازري بأن المعتبر وقوع السبب وهو البيع لا السوق، فلا فرق بين سوق تغيرت ثم عادت، أو سلعة بيعت ثم عادت.

ثانيها لأبي عمران: أن حوالة الأسواق تغير في عين السلعة؛ لأن المقصود ثمنها. وأما خروج السلعة من يد المشتري فليس بتغير؛ وإنما هو لأجل أن يد المشتري فيه حائلة؛ فإذا زالت انتقض. المازري: وهو قريب من الأول.

ثالثها: لصاحب النكت وابن يونس: بأن تغير السوق ليس من سببه فلا يتهم بخلاف غيره. ورده المازري: بأنه فرض المسألة في المدونة فيما إذا عادت بميراث، ولا تهمة فيه مع أنه ساوى بينه وبين ما إذا عادت بشراء.

وتَلَفُ الْمَبِيعِ الْبَتُّ بِسَمَاوِيٍّ وَقْتَ ضَمَانِ الْبَائِعِ يَفْسَخُ الْعَقْدَ

لما تكلم على الضمان في الصحيح والفاسد تكلم فيما يتعلق به من تلف أو استحقاق، أي: من اشتري شيئاً فهلك بسماوي؛ أي: تلف بأمر من الله لا صنع لآدمي فيه وقت ضمانه من بائعه؛ فإن البيع ينفسخ وإلا لم يكن لضمانه فائدة. واحترز بالبت من الخيار، وسيأتي.

ودخل في قوله: (**وَقْتَ ضَمَانِ الْبَائِعِ**) المحتبسة للثمن، والإشهاد، والبيع المحتاج إلى توفية، والثمار المشتراة بعد بدو صلاحها. ولا يقال: يرد عليه تلف المبيع بخرجه؛ لأن البيع في السلم ليس هذا هو؛ وإنما هو الضمان في الذمة.

وتَغْيِيبُهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ

يصح أن يقرأ بالغين المعجمة؛ أي: إذا غيبه البائع، وقال: هلك؛ يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع عن نفسه؛ لأنه لم يتمكن من المبيع. والفرض أن ضمانه من بائعه وفي التماسك به، ويطلب البائع بمثله إن كان مثلياً أو قيمته، وذلك بعد يمين البائع أنه هلك، وهذا هو الذي ذكره **ابن عبد السلام**.

ويحتمل أن يقرأ بالعين المهملة وهو ظاهر، وهو الذي قاله **ابن راشد** وغيره ممن تكلم على هذا الموضع، والمعنيان صحيحان.

وتَلَفُ بَعْضِهِ أَوِ اسْتِحْقَاقُهُ كَرَدِّهِ بِعَيْبٍ، إِلا أَنَّهُ لا يَلْزَمُهُ بَاقِي جُلِّهِ بِحِصَّتِهِ عَلَى الْمَشْهُورِ لِلْجَهْلِ بِالثَّمَنِ

أي: وتلف بعض المبيع واستحقاقه؛ يريد: والبعض المستحق معين؛ لأن الشائع له حكم سيأتي، كرد البعض بعيب فينظر في الباقي بعد التلف والاستحقاق؛ فإن كان وجه

الصفقة -أي: أكثر من النصف- لزمه الباقي بنسبته من الثمن، وإن كان التالف أو المستحق هو الجل، فقال المصنف: لا يلزمه باقي جلِّه على المشهور؛ أي: لا يجوز له التمسك بالباقي خلافاً لابن [٤٨٣/ ب] حبيب.

هكذا الخلاف لا ما هو ظاهر كلام المصنف، ولهذا اعترض عليه **ابن راشد**، ولعل المصنف اكتفى بقوله: (**لِلْجَهْلِ بِالثَّمَنِ**) لأنها علة تقتضي المنع، فرأى في المشهور أن البيع قد انحل بتلف جله أو استحقاقه؛ فتمسك المشتري بباقيه كإنشاء عقدة بثمن مجهول؛ إذ لا تعلم نسبة الجزء الباقي إلا بعد تقويم أجزاء المبيع على الانفراد ونسبة كل واحد من تلك الأجزاء المعينة من مجموع الصفقة.

ورأى ابن حبيب أن هذه جهالة طرأت بعد تمام العقد فصارت بمنزلة الجهالة الطارئة إذا اطلع على عيب بالمبيع، وبناه على أحد قولي ابن القاسم في جواز جمع الرجلين سلعتهما في البيع. والذي علل به ابن حبيب هو الأول؛ وقال: يجوز له أن يتمسك بباقي الصفقة؛ لأنه بيع قديم، ثم قال: بخلاف من باع عبداً أو جارية -وهي الصفقة- فهلكت في المواضعة؛ فلا يجوز التمسك بالعبد؛ لأنه بيع لم يتم.

بِخِلافِ الْمِثْلِيِّ فِيهِمَا، فَإِنَّهُ يَلْزَمُ بِحِصَّتِهِ إِلا أَنْ يَكُونَ جُلَّهُ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ

أي: في التلف والاستحقاق، فإنه إن كان التالف أو المستحق نصف الصفقة فأقل؛ لزمه الباقي بما يخصه من الثمن. ولا مخالفة للمثلي في هذا الوجه للمقوم، وإنما يخالفه في قوله: (**إِلا أَنْ يَكُونَ جُلَّهُ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ**) أي: في التمسك بالباقي بحصته، أو فسخ العقد عن نفسه ولا يكون كالمقوم.

والفرق بينهما: أن ما ينوب المثلي من الثمن معلوم بخلاف المقوم. واعترضه **ابن عبد السلام** بأن كلامه يقتضي أن لا خيار له في المثلي باستحقاق النصف وليس كذلك؛

بل قال ابن القاسم: يخيره في الثلث فأكثر. وأشهب: لا يخيره فيه ولا في الجل؛ فإنه لا يرى الخيار في المثلي بالجل ولا ما دونه، ويلزمه الباقي بما ينوبه من الثمن.

خليل: وقيل إنما يخير في الطعام بالنصف. وفي ابن يونس: يخير فيه بالربع، فقال: جعلوه مخيراً إذا وجد ربع الطعام معيباً كالكثير من العروض، فإذا وجد ربع الطعام معيباً؛ لم يكن للمبتاع رد المعيب وأخذ السالم إلا برضى البائع؛ لكمال حاجة الناس إلى الطعام فجعل له مزية، كما ضمنه الحمالون ونهى عن بيعه قبل قبضه، بخلاف العروض.

وفي البيان: وجود العيب بالطعام على خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون العيب مما لا ينفك عنه الطعام كقيعان الأهراء.

الثاني: أن يكون العيب مما ينفك عنه إلا أنه يسير لا خطب له.

الثالث: أن يكون ذلك كالربع والخمس.

الرابع: أن يكون ذلك كالثلث والنصف.

الخامس: أن يكون أكثر من النصف.

فأما إن كان العيب مما لا ينفك عنه كقيعان الأهراء، فإنه يلزم المشتري ولا يوضع عنه لذلك شيء من الثمن، وإن كان مما لا ينفك عنه إلا أنه يسير لا خطب له، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن فذلك له بلا خلاف. وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك على ما في المدونة، وكذلك على رواية يحيى عن ابن القاسم، وأما إن كان ذلك كالربع والخمس، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن فذلك له بلا خلاف.

وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك.

وأما إن كان ذلك والنصف، فإن أراد البائع أن يلزم المشتري ذلك بحصته من الثمن؛ فليس له ذلك على قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وله ذلك على قول أشهب واختاره سحنون؛ وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم بحصته من الثمن فليس له ذلك بلا خلاف.

وأما إن كان ذلك أكثر من النصف؛ فليس للبائع أن يلزمه للمشتري السالم بحصته من الثمن، ولا للمشتري أن يلتزمه إلا برضاهما.

انظر ما حكاه في الربع من الاتفاق على أن للبائع أن يلزم المشتري السالم بحصته؛ فإنه خلاف ما حكاه ابن يونس، وقاله أبو الحسن.

خليل: وروى ابن يونس قوله في المدونة في باب القسم: ومن اشترى مائة إردب قمحاً فاستُحق منها خمسون خير المبتاع بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده، فإن أصاب بخمسين إردباً منها عيباً أو بثلث الطعام أو بربعه؛ فإن له أخذ الجميع أو رده.

فائدة: لهم ثلاث مسائل: **مسألة**: لا يجوز التمسك فيها بباقي الجل؛ وهي المسألة التي خالف فيها ابن حبيب. **ومسألة**: يلزم التمسك فيها بباقي الجل؛ وهي ما في الجائحة. **ومسألة**: يخير فيها، وهي باقي العيب.

والْجُزْءُ الْمُشَاعُ يُسْتَحَقُّ فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ مُطْلَقاً

يعني: وأما إذا استُحق جزء شائع فإنه يخير مطلقاً، سواء كان الجزء يسيراً أو كثيراً؛ لضرر الشركة.

وكُلُّ ثَوْبٍ ونَحْوُهُ بِدِرْهَمٍ لَغْوٌ؛ فَالْقِيمَةُ

أي: لو وقع العقد على سلع متعددة وسميا لكل سلعة جزءاً من الثمن؛ كمن اشترى ثمانية أثواب بثمانية دنانير وسميا لكل ثوب ديناراً ثم استُحق واحد منها؛ فالتسمية لغو ولابد من الرجوع إلى القيمة؛ لأنه قد يكون أحدهما أردأ.

وقسم في البيان في الأكرية هذه المسائل على ثلاثة أقسام، فقال: إن خالفت التسمية القيمة وشرط الرجوع بها لا بالقيمة عند الاستحقاق ونحوه؛ فلا خلاف أن البيع فاسد. وإن شرطا الرجوع إلى القيمة فلا خلاف أن البيع جائز. وإن دخلا على السكوت؛ فقال ابن القاسم ورواه عن مالك: التسمية لغو والبيع [٤٨٤/ أ] صحيح.

وقاله سحنون، وأصبغ، وروى ابن القاسم أيضاً: أن مراعاة التسمية فاسد.

وَإِتْلافُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ

هذا قسيم ما تلف بسماوي؛ أي: إذا أتلف المشتري ما اشتراه وهو في ضمان البائع فهو كقبضه له فيلزمه الثمن. وحكى ابن عبد السلام الاتفاق على ذلك؛ سواء علم أنه المبيع أم لا، سلطه البائع عليه أو لا.

وَإِتْلافُ الْبَائِعِ والأَجْنَبِيِّ يُوجِبُ الْغُرْمَ

أي: من باع سلعة ثم أتلفها هو أو أجنبي قبل قبض المشتري لها؛ فإن ذلك الإتلاف يوجب الغرم، ولم يبين المصنف ما يغرم، وصرح في الجواهر: يغرم القيمة في حق البائع والأجنبي. وفي اللخمي في كتاب العيوب تفصيل، فقال: إن هلكت خطأً فسخ البيع ولا شيء للمشتري ولو كانت القيمة أكثر من الثمن، وإن هلكت عمداً أو كانت القيمة أكثر غرم البائع فضل القيمة عن الثمن.

فإن اختلف الثمن والقيمة في الجنس كان المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع عن نفسه أو يدع الثمن الذي اشترى به ويرجع بالقيمة.

وعلى القول بأن المصيبة من المشتري يكون العمد والخطأ سواء؛ وعلى المشتري الثمن وله القيمة، فمن كان له فضل أخذه. قال: وإن أهلكه أجنبي خطأً أو عمداً فعليه الأكثر من القيمة أو الثمن؛ لأنه أبطل على البائع الثمن الذي له في ذمة المشتري، هذا على القول

بأن الضمان من البائع، وعلى القول الآخر تكون القيمة للمشتري على الجاني وعليه الثمن للبائع. **خليل**: وهذا إنما هو في المحتبسة.

وَكَذَلِكَ تَعْيِيبُهُ

أي: تعييب المبيع كإتلافه؛ فيفصل فيه بين البائع والمشتري والأجنبي كما تقدم.

وَإِتْلافُ الْمُشْتَرِي وَالأَجْنَبِيِّ الطَّعَامَ الْمَجْهُولَ كَيْلُهُ يُوجِبُ الْقِيمَةَ لا المِثْل

أي: من اشترى طعاماً على الكيل فأتلفه المشتري أو الأجنبي قبل معرفة كيله فالواجب فيه القيمة، وتبع في هذا ابن بشير، وفصل المازري فجعل هذا في الأجنبي فقط، وأما المشتري، فقالوا: يعد بإتلافه قابضاً لما يتحرى فيه من المكيلة.

وفي المدونة: وإن ابتعتها على كيلٍ كلُّ قفيزٍ بكذا فهلكت قبل الكيل بأمر من الله تعالى؛ كانت من البائع وانتقض البيع. وإن هلكت بتعدي البائع أو أفاتها ببيع فعليه أن يأتي بمثلها تحرياً يوفيها على الكيل، ولا خيار لك في أخذ ثمنه أو الطعام. ولو أهلكها أجنبي غرم مكيلتها إن عرفت وقبضت على ما اشتريت؛ وإن لم يعرف كيلها أغرمناه للبائع قيمتها عيناً، ثم ابتعنا بالقيمة طعاماً مثله ووفيناكه على الكيل. قيل: وإنما ألزم البائع مثلها تحرياً والأجنبي قيمتها؛ لأنه لو ألزم الأجنبي المثل لما أمن من التفاضل بين الطعامين. وقيل: لأن الغالب في البائع علم المكيلة؛ فلو التزم القيمة لكان البائع قد يربح.

ابن يونس: قال بعض أصحابنا: فإذا غرم الأجنبي تلك الصبرة فاشترى مثلها؛ فإن فضلت فضلة لرخص حدث فالفضلة للبائع؛ لأن القيمة له إن غرمت، ألا ترى أن المتعدي لو أعدم أو ذهب فلم يوجد كانت المصيبة من البائع، فلما كان عليه التوابع كان له النماء. والمشتري إذا أخذ مثل صبرته التي اشترى لم يظلم، وإن لم توجد بالقيمة إلا أقل كان ما نقص كالاستحقاق، فإن كان كثيراً فللمشتري فسخ البيع؛ وإن كان يسيراً أسقط عنه حصته.

ابن أبي زمنين: والذي يدل عليه لفظ الكتاب أن البائع هو الذي تولى الشراء بالقيمة، وقيل: إن المتولي هو الأجنبي المتعدي. وحكى ابن بشير أنه على المشتري.

قوله: (**لا المِثْل**) أي: ليس عليهما غرم المثل؛ إذ الجزاف مقوم لا خصوصية للطعام، بل كذلك كل جزاف بيع على الكيل.

ولا يَنْفَسِخُ عَلَى الأَصَحِّ

ظاهر كلامه أن القولين في الصورتين، أي: سواء كان التلف من المشتري أو الأجنبي؛ والخلاف إنما هو في الأجنبي، ففي المدونة: يفسخ كما تقدم. وقال أشهب: لا ينفسخ.

وأما إن كان المشتري هو المتلف فقد يحمله على إتلافها قبل الكيل استغلاؤها فيستهلكها لتلزمه القيمة ويسقط عنه الثمن، فلا يمكن من الفسخ لذلك.

والضَّمَانُ فِي الْخِيَارِ مِنَ الْبَائِعِ فِيمَا لا يُغَابُ عَلَيْهِ، ومِنَ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ بِيَدِهِ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ، ويُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ مَا لَمْ يَظْهَرْ كَذِبُهُ ....

قد تقدمت هذه المسألة مع نظائرها؛ أي: سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما، أو لأجنبي. هذا راجع إلى قوله: (وتلف المبيع البت بسماوي).

قوله: (**ويُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي**) أي: فيما لا يغاب عليه إذا ادعى هلاكه مع يمينه.

واختلف هل يحلف المتهم وغيره، أو المتهم فقط ما لم يظهر كذبه؛ كدعواه موت العبد والدابة في حاضرة وله جيران لا يعلمون ذلك؛ فإنه لا يصدق ولا يحلف؛ لأنَّا إنما نحلفه إذا لم يضمن.

إِلا أَنْ يَقْبِضَ الْمُشْتَرِي مَا يُغَابُ عَلَيْهِ إِلا أَنْ تَقُومَ لَهُ بَيِّنَةٌ

الاستثناء الأول منفصل؛ لأن ما تقدم فيما لا يغاب عليه، وهو مخالف لما يغاب عليه.

ويحتمل الاتصال؛ لأن قوله: (**ويُصَدَّقُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ**) عام أخرج منه ما يغاب

عليه؛ أي: أن المشتري يصدق مع يمينه إلا في قبض ما يغاب عليه؛ فلا يصدق فيه مع يمينه، وهذا هو المشهور.

وقال ابن نافع: إذا كان الخيار للبائع فضمان المبيع منه مطلقاً.

وفي المازري: إذا كانت في يدي البائع فضمانها منه مطلقاً كان الخيار له أو للمشتري أو لهما [٤٨٤/ ب] معاً، وإن كانت بيد المبتاع والخيار له؛ فإن المذهب: يضمن ما يغاب عليه إلا ببينة.

ابن راشد: إن كانت في يده والخيار للبائع؛ فالمشهور أن المبتاع ضامن. وذهب ابن كنانة إلى أن الضمان هنا من البائع أشهر، ونقل اللخمي عنه أن الضمان من مشترط الخيار.

وأما الاستثناء الثاني وهو قوله: (**إلا أَنْ تَقُومَ لَهُ بَيِّنَةٌ**) فمتصل بلا شك؛ أي: أنه لا يصدق إلا إذا قامت له بينة.

ابن عبد السلام: انظر هل يدخل خلاف أشهب المذكور الذي في الرهن والعارية وأنه لا يبرأ وإن قامت بينة؟

خليل: أشار اللخمي وابن راشد وغيرهما إلى تخريج قوله هنا.

فَإِذَا غَابَ عَلَيْهِ الْمُشْتَرِي والْخِيَارُ لِلْبَائِعِ؛ ضَمِنَ الأَكْثَرَ، إلا أَنْ يَحْلِفَ فَيَضْمَنَ الثَّمَنَ، وقَالَ أَشْهَبُ: الأَكْثَرَ ....

فإن غاب المشتري على ألا يغاب عليه والخيار للبائع، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الأكثر من الثمن والقيمة؛ لأنه إن كان الثمن أكثر مضى البيع، وإن كانت القيمة أكثر رد، إلا أن يحلف المشتري أنه لم يتلف المبيع ولقد هلك بغير سببه؛ فيلزمه الثمن.

وقال أشهب: يضمن الأكثر مطلقاً، ولم يقبل اليمين وهو الأظهر.

وإنْ كانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ضَمِنَ الثَّمَنَ، وقَالَ أَشْهَبُ: الأَقَلَّ ويَحْلِفُ

أي: فإن كان الخيار للمشتري والمسألة بحالها، فقال ابن القاسم: يضمن المشتري الثمن؛ لأنه يعد راضياً بتعييب المبيع. وقال أشهب: هذا إذا كان الثمن أقل، وإن كان أكثر ولم يحلف على ضياع المبيع فكذلك، وإن حلف على ضياعه وأنه لم يرض بالشراء فليس عليه إلا القيمة.

تنبيه: وقع في بعض النسخ: أو الأقل بإثبات أو وليست بجيدة؛ لأن الأقل هو الأقل من الثمن أو القيمة، وكيف يعطف الأقل على الثمن.

وإذَا غَابَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ والْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ضَمِنَ الثَّمَنَ. وقَالَ أَشْهَبُ: أَوِ الأَقَلَّ ويَحْلِفُ ....

أي: إذا لم يقبض المشتري المبيع وهو مما يغاب عليه، أو قبضه ورده للبائع والخيار للمشتري فادعى البائع تلفه؛ فإنه يضمن للمشتري الثمن ويصير كمن استهلك سلعة وقفت على ثمن.

وقال أشهب: إذا حلف البائع أنه لم يتلف المبيع فيضمن الأقل. هكذا قال المصنف، وصوابه أن يقول، وقال أشهب: الأكثر، وهكذا قال اللخمي.

ابن راشد: هو فساد في الأصل ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا كان الثمن أكثر فالبائع قد أتلف ما يقابله، وإن كانت القيمة أكثر فالبائع يتهم في إتلافها لاسترخاصها.

والْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَاضِحٌ

أي: إذا صار بيد البائع والخيار له فغاية الأمر أنه تصرف فيه اختياراً، وذلك رد للبيع.

فَلَوِ اشْتَرَى أَحَدَ ثَوْبَيْنِ وقَبَضَهُمَا لِيَخْتَارَ أَحَدَهُمَا والْخِيَارُ لَهُ؛ فَأَحَدُهُمَا مَبِيعٌ وهُوَ فِي الآخَرِ أَمِينٌ، وقِيلَ: إلا أَنْ يَكُونَ سَأَلَ فِي إِقْبَاضِهِمَا. وقَالَ أَشْهَبُ: لَيْسَ بِأَمِينٍ ....

أي: إذا اشترى ثوباً من ثوبين وقبضهما ليختار واحداً منهما إن شاء، وإن شاء ردهما فليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما، فيضمن أحدهما بالاتفاق؛ لأنه بيع على خيار، واختلف في الآخر على ثلاثة أقوال؛ مذهب ابن القاسم وهو المشهور: أنه فيه أمين؛ لأنه مقبوض على أن يرد على صاحبه.

والثاني له أيضا في الموازية: وإن لم يسأل في الإقباض فكالأول، وإن سأل البائع ضمنهما، واختار محمد الأول.

والثالث لأشهب في الموازية، وقال: ضامن لهما؛ لأن كل واحد منهما يمكن أن يكون مبيعاً.

فَإِنِ ادَّعَى ضَيَاعَهُمَا؛ فَعَلَى الْمُشْتَرِي ضَمَانُ وَاحِدٍ بِالثَّمَنِ لا غَيْرُ، وقَالَ أَشْهَبُ: يَضْمَنُهُمَا أَحَدُهُمَا بِالثَّمَنِ أَوِ الأَقَلِّ، والآخَرُ بِالْقِيمَةِ ....

هذا تفريع الأقوال، وبدأ بالتفريع على الأول لأنه المشهور؛ أي: فعليه أن يضمن واحداً بالثمن كما تقدم، ولا ضمان عليه في الثاني لأمانته فيه. وعلى قول أشهب يضمنهما؛ أحدهما: بالقيمة لكونه غير مبيع، ويضمن الآخر بالأقل من الثمن أو القيمة؛ لأنه إذا كان الخيار له قادر على أن يلزمه بالثمن أو يريده؛ فيضمنه بالقيمة بعد حلفه.

وقوله: (**بِالثَّمَنِ أَوِ الأَقَلِّ**) يريد بالثمن إن كان أقل، أو بالقيمة إن كانت أقل، ولو أسقط بالثمن واكتفى بالأقل لكان أحسن.

ولم يفرع المصنف على القول بالتفرقة لوضوحه؛ لأنه إن سأل فكقول أشهب وإلا فكالمشهور.

وَإِذَا ادَّعَى ضَيَاعَ أَحَدِهِمَا؛ فَعَلَى الْمَشْهُورِ: يَضْمَنُ نِصْفَ ثَمَنِ التَّالِفِ، وَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ كُلَّ الْبَاقِي. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لا يَخْتَارُ إِلا نِصْفَهُ. وَعَلَى قَوْلِ أَشْهَبَ: إِنْ أَخَذَ الْبَاقِيَ أَخَذَهُ بِالثَّمَنِ وَالتَّالِفِ بِالْقِيمَةِ، وَإِنْ رَدَّهُ فَعَلَيْهِ لِلتَّالِفِ الأَقَلُّ مِنَ الثَّمَنِ أَوِ الْقِيمَةِ ....

أي: فإذا كانت المسألة بحالها ولكن ادعى المشتري ضياع أحدهما لا جميعهما، فعلى المشهور: يكون الضياع نصفه مبيعاً ونصفه الآخر هو فيه أمين؛ فيلزمه نصف الثمن الضائع، واتفق ابن القاسم ومحمد على هذا، ثم اختلفا، فقال ابن القاسم: له أن يختار جميع الثوب الباقي لضرر الشركة. وقال ابن المواز: ليس له أن يختار إلا نصف الباقي، إلا أن يرضى البائع. قال: لأنه لم يبعه ثوباً ونصفاً وإنما باعه ثوباً واحداً، ونسب المصنف هذا القول لمحمد. والذي في ابن يونس عن الموازية: أن السالم بينهما والعيب بينهما وعليه نصف ثمن كل منهما. وعلى قول أشهب: إن أخذ الباقي كان عليه بالثمن، والتالف بالقيمة؛ لأن البيع لم يتم فيه، وإن رده فعليه التالف بالأقل من الثمن أو القيمة على ما [٤٨٥/ أ] تقدم فوق هذا.

وَلَوِ اشْتَرَاهُمَا وَالْخِيَارُ لَهُ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا؛ فَكِلاهُمَا مَبِيعٌ

أي: اشترى الثوبين معاً على أنه بالخيار فيهما بين أن يردهما أو يمسكهما معاً، أو اختار أحدهما دون الآخر؛ فجميع الثوبين مبيع. فإن ادعى ضياعهما والخيار له فيهما فيلزمه ثمنهما عند ابن القاسم ويلزمه الأقل عند أشهب، وإن كان الخيار في أحدهما والثاني لازم وادعى ضياعهما معاً؛ لزمه قيمتهما عند ابن القاسم وثمن أحدهما، والأقل في الآخر عن أشهب كما تقدم.

واقتصرنا على هذا القدر في هذه المسألة قصداً لحل كلام المصنف، وإلا فالمسألة في كتاب الأصحاب أوسع من هذا.

وَإِنْ جَنَى الْبَائِعُ وَالْخِيَارُ لَهُ عَمْداً؛ فَرَدٌّ. وَقَالَ أَشْهَبُ: كَالْخَطَأ

يعني: من باع عبداً أو غيره على خيار فجنى عليه البائع عمداً ولم تتلفه الجناية، فقال ابن القاسم: ذلك رد للبيع كسائر الأفعال الدالة على الفسخ. وقال أشهب: لا تكون جنايته عمداً دليلاً على الرد؛ لأن البائع إذا كان الخيار له قادر على الرد مع السلامة؛ فرده المبيع بواسطة العيب لا يقدر من عاقل وهو الظاهر، وهذا المعنى هو الذي أراد المصنف بقوله: (**كَالْخَطَأ**).

وَإِنْ تَلِفَتِ انْفَسَخَ

أي: تلفت السلعة بالجناية انفسخ العقد على القولين؛ لذهاب عين المعقود عليه.

وَإِنْ جَنَى الْبَائِعُ خَطَأً؛ فَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الْعَيْبِ

أي: ولو كانت المسألة بحالها إلا أن جناية البائع خطأً؛ فللبائع أن يمضي البيع بحكم خيار التروي؛ لأن جناية البائع خطأً لا يكون رداً للمبيع؛ لأن الخطأ مناف لقصد الفسخ، فإن أراد البائع إمضاء البيع كان للمشتري الخيار بعيب النقيصة؛ لأن ما حدث من العيوب في زمن الخيار كالعيب القديم.

وَإِنْ تَلِفَتِ انْفَسَخَ

هو ظاهر.

وَإِنْ جَنَى الْبَائِعُ وَالْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي عَمْداً؛ فَلَهُ أَخْذُ الْجِنَايَةِ أَوِ الرَّدُّ

واعلم أن المصنف -رحمه الله- تكلم على صور هذه المسألة كلها؛ وهي ست عشرة مسألة؛ في جناية البائع ثمان، وفي جناية المشتري ثمان؛ لأنه إذا جنى البائع فإما أن يكون خطأً، أو عمداً. والجناية إما متلفة، أم لا. فهذه أربع، وكل من الأربع تارة يكون الخيار للمشتري وتارة يكون للبائع، وكذلك الكلام في جناية المشتري.

ولما تكلم المصنف على الأربع الأول شرع فيما بعدها؛ أي: إن جنى البائع على المبيع بالخيار والخيار للمشتري وكانت الجناية عمداً ولم تتلف المبيع؛ فالمشتري مخير بين أن يختار الإمضاء ويأخذ أرش الجناية أو يرده؛ لأن الخيار بيده.

وقوله: (**فَلَهُ أَخْذُ الْجِنَايَةِ**) فيه حذف مضاف؛ أي: فله أخذ أرش الجناية، وهو أعم من أن يكون عيباً أم لا؛ ولكن فيها أرش مسمى كالموضحة والمنقلة فيأخذه وإن برئت على غير شين.

خليل: وفي هذه المسألة نظر، والقياس أن المشتري لا يكون له أخذ الأرش؛ لأن البائع إنما جنى على سلعته؛ إذ بيع الخيار منحل على المعروف، وأكثر هذه المسائل على الاستحسان، والله أعلم.

فَإِنْ تَلِفَ ضَمِنَ الأَكْثَرَ

أي: وإن كانت الصورة بحالها؛ لأن جناية العمد إن أتلفت المبيع؛ فإن البائع يضمن للمشتري الأكثر من الثمن أو القيمة. فإن كان الثمن أكثر؛ فللمشتري الفسخ عن نفسه. وإن كانت القيمة أكثر؛ فمن حق المشتري أن يجيز البيع، فيدفع الثمن ويطالب البائع بقيمة المبيع؛ فيقاصان في الثمن ويأخذ الزائد.

وَإِنْ جَنَى خَطَأً فَلَهُ أَخْذُهُ نَاقِصاً أَوْ رَدُّهُ

أي: وإن جنى البائع خطأً والخيار للمشتري ولم يتلف المبيع؛ فالمشتري مخير بين أن يأخذه معيباً ولا شيء له، أو يرده.

وَإِنْ تَلِفَ انْفَسَخَ

تصوره ظاهر.

وإِنْ جَنَى الْمُشْتَرِي والْخِيَارُ لَهُ عَمْداً، فَالقَوْلانِ فِي أَنَّهُ رِضاً

لما فرغ من صور البائع شرع في صور المشتري. و" أل " في القولين للعهد، أي: قولي ابن القاسم في الصورة الأولي.

فَإِنْ تَلِفَ ضَمِنَ الثَّمَنَ

وفي بعض النسخ، وقال سحنون: القيمة. أي: فإن جنى المشتري والخيار له عمداً وتلفت السلعة بجنايته؛ ضمن المشتري الثمن، وهو ظاهر قول ابن القاسم؛ لأن جناية العمد دالة على الرضا، وقول سحنون يجري على أنها لا تدل على الرضا، وسقط قوله في كثير من النسخ.

فَإِنْ جَنَى خَطَأً؛ فَلَهُ رَدُّهُ ومَا نَقَصَ

أي: فإن جنى المشتري جناية خطأً ولم تتلفه والخيار له؛ فللمشتري رد ذلك المعيب بحكم الخيار؛ لكن بقيمة العيب، وله أن يتمسك به معيباً ولا شيء عليه؛ لأنه تبين له أنه جنى على ملكه، والقياس أن يغرم للبائع الأرش؛ لأنه في ضمانه.

وإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ الثَّمَنَ كُلَّهُ، وقَالَ سَحْنُونٌ: الْقِيمَةَ

أي: فإن تلفت السلعة بجناية المشتري خطأً والخيار له؛ ضمن الثمن كله، قاله ابن القاسم في المدونة. وقال سحنون: القيمة. فقيل: وفاق. ثم قيل: مراد ابن القاسم بالثمن القيمة.

المازري: وهو خلاف ظاهر اللفظ. وقيل: مراد ابن القاسم إذا ثبت أن المشتري اختار قبل أن يجني. المازري: وهو تعسف. وقال ابن محرز: خلاف. والقولان مبنيان على الخلاف فيمن استهلك سلعة وقفت على ثمن، فهل يضمن الثمن الذي وقفت عليه، أو القيمة ؟ وأنكر اللخمي بناء الخلاف على هذا؛ لأن ذلك الخلاف إنما هو في سلعة كثر فيها العطاء، وتواطأ جماعة من الناس عليه حتى صار كالحاصل.

وأجاب المازري بأن أصله في تضمين الثمن المسمى كون المشتري يعد بإتلافه السلعة كالمتلف لثمنها، فكان للبائع أن يلزمه إياه فيدخله الخلاف كالسلعة الموقوفة.

وَإِنْ جَنَى الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لِلْبَائِعِ عَمْداً أَوْ خَطَأً؛ فَلَهُ أَخْذُ الْجِنَايَةِ أَوِ الثَّمَنِ، فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ الأَكْثَرَ ....

يعني: إذا كانت الجناية من المشتري على المبيع ولم يتلفه، وجمع بين العمد والخطأ لاتحادهما في الحكم، فللبائع أن يرد البيع ويأخذ [٤٨٥/ ب] أرش الجناية من المشتري، وله أن يمضي البيع ويأخذ منه الثمن. وفي إمضائه البيع نظر؛ لأن الضمان منه فيكون للمشتري خيار العيب. أما إن تلفت ضمن المشتري للبائع الأكثر من الثمن؛ إذ له أن يمضي البيع أو القيمة؛ إذ له أن يرده.

وَإِنْ جَنَى أَجْنَبِيٌّ فَالأَرْشُ لِلْبَائِعِ، وَقِيلَ: إِنْ أَمْضَى الْبَيْعَ فَلِلْمُشْتَرِي

لما فرغ من جناية البائع والمشتري شرع في جناية الأجنبي. والمشهور أن الأرش للبائع، سواء كان الخيار له أو للمشتري أو لغيرهما؛ لأن المبيع على ملك بائعه.

وقال ابن حبيب: إن أمضى البيع فللمشتري الأرش، ولعله مبني على أن بيع الخيار منعقد.

وَبَيْعُ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ جَائِزٌ إِلا فِي الطَّعَامِ مُطْلَقاً

يصح في المشتري كسر الراء من إضافة المصدر إلى الفاعل ويكون المفعول محذوفاً؛ أي: ما اشتراه. ويحتمل أن يفتح قوله: (**مُطْلَقاً**) أي: ربوياً كان أو غيره؛ لما في الموطأ والبخاري ومسلم عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: «**من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله**».

وهل المنع من بيع الطعام قبل قبضه تعبد، أو معقول المعنى؟ قولان. وعلى الثاني فقيل: إنما نهى عن ذلك لأن أهل العينة كانوا يتوصلون إلى الفساد ببيع الطعام قبل قبضه، فنهى عن ذلك سدًّا للذريعة للفساد. وقيل: لأن للشرع غرضاً في ظهوره، فإنا لو جوزنا بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال بعضهم من بعض من غير ظهور، بخلاف ما إذا منعنا ذلك؛ فإنه حينئذ ينتفع به الكيال والحمال، ويظهر للفقراء وتتقوى نفوس الناس به، والله أعلم.

بِشَرْطِ كَوْنِهِ مُعَاوَضَةً فِيمَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ مِنْ كَيْلٍ أَوْ شِبْهِهِ، بِخِلافِ الْهِبَةِ، والْقَرْضِ، والصَّدَقَةِ، وكَذَلِكَ الْجُزَافُ عَلَى الأَصَحِّ

هذا الشرط راجع إلى المستثنى، أي: بشرط كون الطعام وجب عن معاوضة وكونه فيه حق توفية، فاحترز بمعاوضة من القرض والهبة والصدقة؛ أي: فإنه يجوز بيعه في هذه الوجوه قبل قبضه.

قال بعض من تكلم على هذا الموضع: وفي اشتراطه المعاوضة نظر؛ لأن الاستثناء دل على منع بيع الطعام المشترى.

فإما أن يريد بالمعاوضة نفس الشراء أو أعم؛ فالأول يلزم منه اتحاد الشرط والمشروط، ويلزم عليه أيضاً جواز بيع الطعام إذا لم يكن من شراء، كما لو كان عن منافع، أو نكاح، أو خلع، أو صداق، أو مثلاً لمتلف، أو أرش جناية؛ وذلك لا يجوز.

وإما أن يريد ما هو أعم فلا يصح؛ لأن الشرط مقيد لمشروطه فلا يكون أعم. وهذا إنما يأتي إذا كان كلام المصنف يشتمل على شرطين، أما إن جعل شرطاً واحداً مشتملاً على جزءين فلا.

تنبيه: جعل في الواضحة ما يأخذه القضاة والمؤذنون وصاحب السوق من الطعام من باب المعاوضة، فمنع من بيعه قبل قبضه.

وحكى ابن بشير فيما يأخذه المستحقون من بيت المال قولين: الجواز، والمنع بناءً على أنه عن فعل غير معين فأشبه العطية، أو مستحق على أمر واجب فأشبه المأخوذ في الإجارة.

وأجاز في المدونة بيع ما على المكاتب من الكتابة بعرض أو عين خاصة قبل الأجل، فلا يجوز بيع ذلك من الأجنبي حتى يقبضه.

ابن حبيب: إلا أن يكون يسيراً تافهاً. قاله مالك في المدونة.

ولا يجوز أن يبيع من المكاتب نجماً قبل قبضه، وإنما يجوز أن يبيع جميع ما عليه ويعجل لحرمة العتق، وقاله سحنون. وقيل: يجوز وإن لم يتعجل العتق؛ لأن الكتابة ليست بدين ثابت. واختلف الشيوخ على مذهب ابن القاسم على أن القولين يحمل.

ابن بشير: ولو ثبت الطعام في الذمة عن تعد أو غصب، ففي بيعه قبل قبضه قولان.

واقتصر في البيان على منح البيع قبل القبض في أرزاق القضاة وولاة السوق والمؤذنين والكتاب والأعوان والجند الذين يرزقون من الأطعمة، أما إن كان الطعام رفقاً وصلة على غير عمل، أو إن شاء عمل وإن شاء لم يعمل؛ فيجوز البيع قبل القبض، قاله في البيان. قال: ويجوز بيع الأرزاق والعطايا السنة والسنتين إذا كان مأموناً، قال: ولا يجوز بيع أصل العطاء؛ لأنه يبطل مئونته، قال ذلك أشهب، وابن وهب، وجماعة من التابعين رضي الله عنهم.

واحترز المصنف بكونه مما فيه حق توفية من الجزاف؛ لأنه مقبوض بنفس العقد وليس فيه حق توفية. وذكر المصنف في الجزاف قولاً بالمنع، وهو مروي عن مالك رواه الوقار. فوجه الأصح ما في أبي داود من حديث ابن عمر -رضي الله عنهما-: **أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه.**

ومفهومه يقتضي جواز الجزاف؛ لأنه لم يشتر بكيل. ووجه مقابله في مسلم عن ابن عمر -رضي الله عنه- أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى**

يستوفيه». قال: وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. ولعله أظهر؛ لأنه كالنص في الباب.

فرع: وعلى المشهور في جواز بيع الجزاف قبل القبض، فاختلف إذا كان ضمان الجزاف من البائع؛ مثل: أن يشتري لبن غنم بأعيانها، فهل يجوز بيعه قبل قبضه نظراً إلى كونه جزافاً [٤٨٦/ أ] وهو قول أشهب، أو لا نظراً لكونه في ضمان البائع وهو قول ابن القاسم؟ ووقع لمالك في العتبية فيمن اشترى نصف ثمرة بعدما بدا صلاحها؛ فقال: ليس له بيعها حتى يستوفيه.

ابن القاسم: ثم سألناه عنه، فقال: بيعه قبل استيفائه جائز. ولو باع أشجاراً واستثنى ثمرتها، فهل يمنع من بيع ما استثناه قبل قبضه، أو لا ؟ لمالك قولان، واختار ابن عبد الحكم والأبهري الجواز. ولا ضمان هنا على المشتري، وإنما الخلاف هنا مبني على الخلاف في المستثنى هل هو مشترى، أو مبقى؟

فَمَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً جَازَ لَهُ إِقْرَاضُهُ أَوْ وَفَاؤُهُ عَنْ قَرْضٍ، ومَنِ اقْتَرَضَهُ جَازَ لَهُ بَيْعُهُ منه ومن غيره ....

اعلم أن الممتنع من بيع الطعام ما توالى فيه بيعان لا يتخللهما قبض، فلذلك جاز لمن ابتاع طعاماً مكيلاً أن يقرضه أو يوفيه عن دين ترتب عليه، وكذلك جاز لمن اقترضه أن يبيعه قبل قبضه.

ابن عبد السلام: فإن قيل قوله: (**وَمَنِ اقْتَرَضَهُ**) تكرار لما قدمه المؤلف من قوله:(بخلاف القرض) فالجواب: لا؛ لأن الأول محمول على من أقرض طعاماً فله أن يبيعه قبل قبضه، والثاني محمول على من اقترض -أي: تسلف- فله بيعه قبل قبضه من مسلفه.

وَلَيْسَ لِمَنْ صَارَ إِلَيْهِ مِنْهُمَا بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ

الضمير في (**مِنْهُمَا**) عائد على المقرض الذي دل عليه إقراضه وعلى المقترض الذي دل عليه وفاؤه؛ أي: من اقترض ممن ابتاع طعاماً ولم يكن المشتري قبضه من بائعه؛ فلا يجوز له بيعه قبل القبض، وكذلك لا يجوز للمقرض البيع قبل القبض إذا أوفاه له المبتاع ولم يكن المبتاع قبضه؛ لأن المقترض في الصورة الأولى والمقرض القابض لدينه في الثانية كما كان تنزلاً منزلة المشتري.

فكما لا يجوز للمشتري فيهما بيعه قبل القبض، فكذلك هما لأنهما حلا محله. ويجوز لهذا المقترض أن يقرضه لآخر قبل قبضه كما كان ذلك للمشتري، ويمتنع المقترض من المقرض من بيعه قبل قبضه من بائعه؛ فهذا هو الحكم.

ولو كثر المسلفون والمستسلفون، وكذلك من أحاله المشتري على طعام البيع بسبب طعام كان عليه من سلف؛ فلا يجوز له أن يبيعه قبل قبضه.

قال في السلم في البيان: من صار إليه الطعام بأي وجه كان؛ من هبة، أو صدقة، أو قرض، أو اقتضاء من قرض أو ميراث يحل محل المشتري الذي صار إليه الطعام؛ فلا يجوز له بيعه قبل استيفائه على معنى ما في المدونة وغيرها.

وحكى ابن حبيب في الواضحة عن مالك أنه خفف ذلك في الهبة والصدقة، قال: ولا اختلاف أن الوارث يحل محل موروثه في أنه لا يجوز له بيعه قبل قبضه، وكذلك من اقترضه أو اقتضاه من قرض كان له. قال: ويحتمل أن يدخل ذلك من الاختلاف ما دخل فيمن وهب له أو تصدق به عليه على ما حكاه ابن حبيب عن مالك.

وَقِيلَ: يُمْنَعُ فِي الرِّبَوِيَّاتِ خَاصَّةً. وَقِيلَ: فِيمَا فِيهِ حَقُّ تَوْفِيَةٍ مُطْلَقاً

هذا راجع إلى صدر المسألة؛ يعني: أن المشهور منع بيع الطعام مطلقاً. وفي المذهب قولان آخران؛ **أحدهما** رواه ابن وهب: جواز بيع الطعام غير الربوي قبل قبضه؛ لأن

المتداول بينهم الربوي فيخص النهي عن بيع الطعام، لكن هذا إنما يجري على التخصيص بالعادة، والصحيح أنه لا يختص به كما تقرر في محله.

والقول بالمنع: في كل ما فيه حق توفية سواء كان طعاماً أم لا؛ لابن حبيب.

ولا يَقْبِضُ بِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ إلا مِنْ يَتَوَلَّى طَرَفَيِ الْعَقْدِ كَالأَبِ فِي وَلَدِيهِ، والْوَصِيِّ فِي يَتِيمَيْهِ ....

فيهما تفسيران؛ أولهما: لا يجوز لمن وكل على شراء طعام أو بيعه أن يبيعه من نفسه ولا أن يقبضه لنفسه، ولو أذن له في ذلك الموكل؛ لأنه يقبض لنفسه من نفسه.

قال في المدونة: وإن أعطاك بعد الأجل عيناً أو عرضاً، فقال لك: اشتر به طعاماً وكله ثم اقبض حقك لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه، إلا أن يكون رأس مالك ذهباً أو ورِقاً فيجوز بمعنى الإقالة.

الثاني وهو الذي قاله **ابن عبد السلام**: أنه لو كان عنده طعام وديعة وشبهها فاشتراه من ماله، فإنه لا يجوز له بيعه بالقبض السابق على الشراء؛ لأن القبض السابق لم يكن قبضاً تاماً، بدليل أن رب الطعام لو أراد إزالته من يده ومنعه من التصرف لكان له ذلك، إلا أن يكون ذلك القبض قوياً كما في حق الوالد لولديه الصغيرين، فإنه إذا باع طعاماً لأحدهما من الآخر وتولى البيع والشراء عليهما كان له أن يبيع ذلك الطعام على من اشتراه قبل أن يقبضه قبضاً ثانياً، وكذلك الوصي في يتيميه.

وتبع المصنف في استثنائه من يتولى طرفي العقد ابن شاس ولم آره لأصحابنا، وفي النفس شيء من جواز هذه المسألة، ولا سيما والصحيح عند أهل المذهب أن النهي عن بيع الطعام قبل قبضه متعبد به.

وأُرْخِصَ فِي الإِقَالَةِ والتَّوْلِيَةِ والشَّرِكَةِ، وقِيلَ: دُونَ الشَّرِكَةِ

وروى سحنون في المدونة عن ابن القاسم عن سليمان بن القاسم عن ربيعة عن ابن المسيب أنه قال: من ابتاع طعاماً فلا يبعه قبل أن يستوفيه، إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة. ورواه أبو داود، وقال: هذا قول أهل المدينة؛ ولأن هذه الثلاث باب معروف فكانت كالقرض.

والإقالة: أن يقيل البائع المشتري أو العكس. **والتولية**: أن يولي ما اشتراه لآخر. **والشركة**: أن يشرك غيره في بعض المبيع.

والقول باستثناء الشركة رواه أبو الفرج عن مالك؛ لأن المعروف إنما يظهر في الجميع، ورأى في المشهور أنها تولية في البعض.

فرع: [٤٨٦/ ب] وهل أجرة الكيل في الإقالة والتولية والشركة على المقيل والمولي والمشرك كما أن العهدة عليه كالبيع، أو لا كالقرض بجامع المعروف؛ ولأنه لو هلك الطعام المشرك فيه قبل الكيل لكانت مصيبته منهما، وذلك يدل على أنه ليس على الذي أشركه أن يكيله.

ابن يونس: وهو أبين من الأول، والقولان للقرويين.

فَيَنْزِلُ الْمُشْتَرِي الثَّانِي مَنْزِلَةَ الْمُشْتَرِي الأَوَّلِ بِشَرْطِ اسْتِوَاءِ الْعَقْدَيْنِ فِي الْمِقْدَارِ والأَجَلِ وغَيْرِهِمَا سَلَماً كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ....

الثاني: هو المقال والمولى والمشرك منزلة المشتري؛ وهو المقيل والمولي والمشرك. قوله: (**بِشَرْطِ اسْتِوَاءِ الْعَقْدَيْنِ فِي الْمِقْدَارِ**) اعلم أنه إن كان رأس المال عيناً جازت الإقالة عليه وعلى مثله. وإن كان عرضاً مقوماً جازت الإقالة عليه إذا لم يتعين بنفسه ولم تجز على مثله. وإن كان مثلياً، فهل تجوز الإقالة على مثله ؟ المشهور: المنع خلافاً لأشهب.

وأما التولية والشركة فلا يمكن فيهما رد عين رأس المال، فإن كان رأس المال عرضاً منع، ويجوز إذا كان عيناً.

ابن يونس: وإن كان مكيلاً أو موزوناً فهو كالعين على قول أشهب، وأما ابن القاسم فإنه نص في الموازية على أنه لا يجوز التولية على مثله.

اللخمي: وأجازه في المجموعة وهو أحسن، وإن كان المثل مما يختلف الأغراض فيه كالنحاس.

قوله: (**والأَجَلِ**) لا ينافي المساواة فيه إلا أن يكون العقد الثاني بإثر الأول، وإلا فالمعتبر بقية الأجل.

وقوله: (**وغَيْرِهِمَا**) أي: من الصفة والكفيل والرهن. وقوله: (**سَلَماً كَانَ أَوْ غَيْرَهُ**) نبه به لئلا يتوهم اختصاص التساوي في الأجل بالسلم.

وظاهر قوله: (نزل الثاني منزلة الأول) أن عهدة المولي والمشرك على من كانت عهدة المشترى عليه. ونقل المتيطي ذلك عن مالك. ونقل في البيان قولاً ثانياً: إذا كانت الشركة والتولية في حضرة البيع؛ أنها على الذي أشركه أو ولاه، إلا أن يشترط أنها على البائع الأول.

وذكر في جواز اشتراطها على البائع الأول بعد الافتراق أو الطول ثلاثة أقوال: المشهور: المنع، إلا برضاه فيكون من باب الحمالة. **والثاني**: الجواز. **والثالث لأصبغ**: بجواز اشتراطها على البائع وإن افتراقا ما لم يطل.

وكذلك نقل أيضاً فيمن اشترى شيئاً ثم باعه، هل يجوز له أن يشترط العهدة على البائع الأول طال أو لم يطل، أو لا يجوز فيهما، أو يجوز في الحضرة دون الطول ؟ ثلاثة أقوال.

فَإِنْ لَمْ يَسْتَوِيَا فَبَيْعٌ كَغَيْرِهِ

أي: فإن لم يستو العقدان في جميع الشروط بطلت الرخصة ويصير بيعاً، إن قبض المشتري ما اشتراه فصحيح، وإن لم يقبض ففاسد، ونبه على هذا لئلا يتوهم أنه إذا انتفت الإقالة والتولية والشركة المرخص فيها فيبطل العقد.

وإِذَا أَقَلْتَ مِنَ السَّلَمِ تَعَجَّلَ الثَّمَنَ

يحتمل أيها المشتري أو أيها البائع عجل الثمن؛ أي: يجب تعجيل رأس المال لئلا يؤدي إلى فسخ دين في دين.

مالك: ولا يجوز له أن يفارقه ساعة ولا يفارقه حتى يقبض من الذي وليته أو أقلته، وكذلك الصرف.

اللخمي: والمعروف من المذهب أن الإقالة أوسع من الصرف، وأنه تجوز المفارقة في الإقالة ليأتي بالثمن من البيت أو ما قارب ذلك، والتولية وبيع الدين أوسع من الإقالة؛ لأنه لا يجوز له تأخير الإقالة اليومين والثلاثة بشرط بغير خلاف، واختلف هل يجوز مثل ذلك في التولية وبيع الدين؟ انتهى. بخلاف تأخير رأس المال؛ فإنه يجوز تأخيره اليوم واليومين ولو بالشرط.

والفرق بينهما: أن اللازم في الأول فسخ دين في دين، وفي الثاني ابتداء الدين وهو أخف، فلذلك وسع فيه، وما ذكره المصنف هو المشهور.

اللخمي: واختلف في الإقالة إذا وقع التراخي فيها بغير شرط على ثلاثة أقوال؛ منعه في المدونة. وقال مالك في الموازية: بل يتبعه بالدينار ولا يرجع في الطعام. قيل له: إن المشتري يقول له: إن الإقالة لا تصلح إلا بمناجزة فأنا أرجع في طعامي. قال: ليس له ذلك. وقال أشهب: إذا كانا من أهل العينة فسخت الإقالة، وإن لم يكونا كذلك ولا

عملا عليها رأيت أن يلح عليه حتى يأخذ، وهو تفسير لقول مالك: إن كانت تهمة فسخت الإقالة، وإن قام دليل على عدم التهمة كان هو موضع الخلاف المتقدم.

ابن محرز: وأضيق الأبواب الصرف، ثم الإقالة في الطعام، ثم التولية فيه، ثم الإقالة في العروض، وفسخ الدين في الدين، ثم بيع الدين المستقر في الذمة.

وعند ابن المواز: في بيع الدين أنه لا بأس أن يؤخر ثمنه اليوم واليومين كرأس مال السلم، ثم تأخير رأس مال السلم.

* * *

الْمُرَابَحَةُ: والْبَيْعُ مُرَابَحَةً جَائِزٌ

معناه أن يخير البائع المشتري بما اشترى السلعة به ثم يزيده شيئاً، وهو يحتاج إلى صدق مبين وإلا أكل الحرام فيه بسرعة؛ لكثرة شروطه ونزوع النفس فيه إلى الكذب.

ولهذا قال **ابن عبد السلام**: كان بعض من لقيناه يكره للعامة الإكثار من بيع المرابحة؛ لكثرة ما يحتاج إليه البائع من البيان.

فَلَوْ قَالَ بِرِبْحِ الْعَشَرَةِ أَحَدَ عَشَرَ؛ فَزِيَادَةُ عُشْرِ الأَصْلِ

مدلولها عرفا ما ذكره المصنف؛ وإلا فمدلولها لغة أن يربح لكل عشرة أحد عشر.

قوله: (**بِرِبْحِ الْعَشَرَةِ**) يحتمل أن يقرأ بالإضافة، ويحتمل أن ينون ويرفع العشرة على أنه مبتدأ وخبره أحد عشر. والجملة مفسرة [٤٨٧/ أ] لقوله: (**بِرِبْحٍ**) فذكر هنا ألفاظاً اصطلح عليها التجار على كيفية بيع المرابحة.

وبِوَضِيعَةِ الْعَشَرَةِ أَحَدَ عَشَرَ فَيَنْقُصُ جُزْءٌ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ مِنَ الأَصْلِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: بتصيير الأحد عشر عشرةً؛ أي: بخسران درهم في كل عشرة، وهذا مما يبين لك عدم صحة هذا الكلام على مدلوله اللغوي؛ لأن إسقاط أحد عشر من عشرة غير معقول، والأصح أنه يقسم الثمن الذي اشترى به المشتري على أحد عشر جزءاً؛ كمائة وعشرة مثلاً فينقص عنه جزء من أحد عشر، وهي العشرة الزائدة على المائة، ومقابله: يقسم على عشرة أحد عشر جزءاً ويحط جزءاً، وتبع المصنف في هذين القولين ابن شاس، وعبر عنهما ابن بشير بطريقين، وفي كلامه نظر، ولا ينبغي أن يعد هذا خلافاً؛ لأنه راجع إلى الأول بعد طول ولا فرق بينهما في المعنى، وإنما قلنا: إن مقابل الأصح ما ذكرنا؛ لأن بناء كتابه في الغالب على متابعة ابن شاس وابن بشير، ولم يذكرا غير ما ذكرناه.

وقد ذكر ابن محرز قولاً يمكن أن يكون مقابل الأصح، ونصه: فقال عن ابن اللباد قال لي أحمد بن داود: وإذا باع بوضيعة العشرة خمسة، فإنه ينظر كم خمسة من خمسة عشر؛ فيأخذ الثلث فيوضع عنه من رأس المال ثلثه، وكذلك للعشرة عشرة تضاف العشرة إلى عشرة، ثم يقال: كم هي منها، وللعشرة أحد عشر، فيقال: كم أحد عشر من أحد وعشرين.

لكن قوله بعد هذا: (أو العشرة عشرون باتفاق) يرد هذا؛ لأنا إذا ضممنا عشرين إلى عشرة فنسبة العشرين من المجموع ثلثاها؛ فيحط عنه من كل عشرة ثلثاها، وتصور كلامه ظاهر.

فَمَا لَهُ عَيْنٌ قَائِمَةٌ مِنْ أُجْرَةِ طِرْزٍ وصِبْغٍ وقِصَارَةٍ وخِيَاطَةٍ بِحَسَبِ ثَمَنِهِ ورِبْحِهِ

ألحق في المدونة بهذه الأربعة الكمْدَ، وزاد صاحب النكت وصاحب المقدمات الفتل، وزاد المتيطي التطرية.

وما يَزِيدُ فِي الثَّمَنِ مِنْ حُمُولَةٍ وإِنْفَاقٍ يُحْسَبُ ثَمَنُهُ لا رِبْحُهُ

قوله: (**مِنْ حُمُولَةٍ**) قيده اللخمي بأن يكون في البلد المنقول إليه أغلى، وأما إن كان سعرهما سواء فلا يحسبه، ولو كان أرخص لم يبع حتى يبين، وإن أسقط الكراء.

واستحسن المازري كلامه إذا حمل البائع المبتاع إلى ذلك البلد وهو عالم أنه لا يربح فيه.

قوله: (**وإِنْفَاقٍ**) أي: على الرقيق ونحوه. وقيده اللخمي بألا تكون له غلة؛ فإن كانت أقل حسب ما بقي، وإن كانت أكثر فله ولا يحسب.

المازري: وإن أنفق على سقي النخل وعلاجه أو العقار؛ فإن ساوت الغلة الإنفاق أو زادت فله البيع مرابحة، وإن قصرت الغلة عن النفقة التي بها حيي النخل حسب ما فضل من النفقة عن الغلة، فلا ربح كالنفقة على الرقيق. ولا يؤثر في بيع المرابحة ما اغتله من لبن احتلبه.

فإن قلت: لا إشكال أن البائع لو بيَّن الحمولة ونحوها واشترط على ذلك الربح أنه جائز، وإن لم يبين فهو غير جائز، فما صورة هذه المسألة؟ **قيل**: مفروضة فيما إذا قال البائع: هي علي بكذا رأس؛ مالها بكذا وصبغها بكذا وحمولتها بكذا، وباع بربح العشرة أحد عشر، فإنه حينئذٍ يحسب الربح كما ذكرنا أن له الربح ولا يحسب الحمولة ونحوها.

المازري: ويستعمل في ربح بيع المرابحة أحد أربعة ألفاظ: إما أن يقول: اشتريتها بمائة والربح كذا، أو أربح في كل عشرة كذا، أو يقول: رأس مالي فيها كذا، أو يقول: قامت عليَّ بكذا وهي بكذا.

فإن كان أنفق فيها نفقة مما يحسب له فإنه يُسقَط من هذه العبارتان الأوليان؛ وهما: اشتريتها بكذا، أو رأس مالي فيها كذا؛ لأن هاتين العبارتين عبارة عما دفع فيها للبائع، لكنه يقول: هي عليَّ بكذا، أو قامت عليَّ بكذا.

وأما إن كان تولى عملها بنفسه - كالصبغ وغيره - فإنه لا يجوز له أن يعين عن ذلك شيئاً من هذه العبارات؛ لأنه لم يخرج ثمن ذلك، وغاية ذلك أن يقوِّم عمله، والبيع على التقويم لا يجوز. والله أعلم.

وإِلا لَمْ يُحْسَبْ فِيهَا كَالطَّيِّ، والشَّدِّ، وكِرَاءِ الْبَيْتِ

أي: وإن لم يكن مما له عين قائمة، ولا مما له تأثير في الثمن لم يحسب فيهما؛ أي: لا في الثمن ولا ربحه.

وقوله: (**كَالطَّيِّ، والشَّدِّ**) هذا مقيد بما إذا لم يعلم المشتري أنه يحتاج في ذلك إلى نفقة، وأما إن علم أنه يحتاج إلى النفقة يحسب ثمنها كالحمل. وقيد التونسي والباجي وابن رشد كراء البيت بما إذا أكراه لنفسه فيكون المتاع تبعاً، وأما إن أكراه للمتاع خاصة فيحسب ثمنه بغير ربح. وكذلك نص عليه محمد.

وما أَخَذَهُ السِّمْسَارُ فَكَالثَّمَنِ عَلَى الأَصَحِّ، وقِيلَ: مِنَ الثَّانِي، وقِيلَ: مِنَ الثَّالِثِ

المراد بالسمسار هو الجلاس، لا الذي يتولى الشراء للمشتري كما تفعله سماسرة الإسكندرية، وليس مرادهم متولي البيع فإن أجرة هذا على البائع، وهي من الثمن بلا شك فيه.

وقوله: (**فَكَالثَّمَنِ**) أي: يحسب، ويحسب ربحه، وهذا قول عبد الوهاب واختاره ابن محرز؛ لأنه مما لا يحصل ملك المشتري إلا به فيكون كالثمن. والقول الثاني لأبي محمد وابن رشد؛ لأنه ليست له عين قائمة.

والقول الثالث هو مذهب المدونة والموطأ، ووجهه: أنه ليس له عين قائمة ولا يزيد في الثمن وكثير من الناس يتولى الشراء بنفسه، ولهذا [٤٨٧/ ب] قال محمد: إلا أن يكون المبتاع مما جرت العادة أنه لا يشترى مثله إلا بواسطة سمسار؛ فيحسب حينئذٍ أجرته في الثمن دون الربح.

ولا بُدَّ مِنْ عِلْمِ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِهِ قَبْلَ الْعَقْدِ

هذا خاص بالقسمين الأولين، وأما الثالث فهو غير محسوب فلا حاجة إلى بيانه. وما ذكره المصنف هو مذهب سحنون، وقيل: وهو قياس قول ابن القاسم.

سحنون: وإن لم يبين فيرد السلعة إن كانت قائمة إلا أن يرضى المشتري أخذها بذلك، فإن فاتت مضت بذلك ولم ترد إلى القيمة. وقال محمد وابن حبيب: لا يلزمه البيان. واختاره التونسي قياساً على ما إذا اشترى سلعتين وباعهما مرابحة.

عياض: وظاهر الموطأ كقول سحنون.

وقال اللخمي: يختلف إذا باع ولم يبين. وأصل ابن القاسم أنها مسألة غش فلا يلزم المشتري وإن حط ذلك القدر. وعلى مذهب سحنون هي مسألة كذب فإن حط ذلك القدر لزمه.

وفي المقدمات: إذا قال: قامت علي بكذا، أو أبيعها بربح العشرة أحد عشر، ولم يبين هذه الأشياء، فالعقد فاسد؛ لأن المشتري لا يدري كم رأس المال وكم أضيف إليه.

وقال في الموازية: أنه يعمل في ذلك على ما ذكرناه مما يحسب ويحسب ربحه، وما لا يحسب ولا يحسب ربحه. وهو ظاهر قول سحنون في العتبية في نوازله. وهو بعيد، والصواب ما قدمناه.

ونص ابن بشير على أن العقد لا يفسد بعدم التبيين.

فرع:

قال في المدونة: وإن ضرب الربح على الحمولة ولم يبين ذلك، وقد فات المبتاع بتغير سوق أو بدن، حسب ذلك في الثمن ولم يحسب له ربح، وإن لم تفت رد البيع إلا أن يتراضيا على نحو ما يجوز. وقوله: "إلا أن يتراضيا" جعل ذلك كاستئناف بيع.

واختلف الشيوخ بعد الفوات: هل هي مسألة غش أو كذب؟ فقيل: إنها مسألة غش؛ لأنه لم يكذب فيما ذكر من ثمنه ولكنه أبهم فيسقط عنه ما يجب إسقاطه، ورأس المال ما بقي فات أو لم يفت، ولا ينظر إلى القيمة. وهو تأويل أبي عمران على الكتاب، وإليه نحا التونسي والباجي وابن محرز وأنكره ابن لبابة.

وقيل: هو من باب الكذب؛ لزيادته في الثمن ما لا يحسب فيه وحمله الربح على ما لا يحسب حمله عليه، فيقال للبائع: أسقط ما يجب إسقاطه من نفقة وربح؛ فإن فعل لزم المشتري ما بقي وربحه، وإن أبى فسخ إلا أن يحب المشتري التماسك، فإن فاتت فهي كالكذب.

وإن لم يضع البائع ما ذكرنا لزمت المبتاع بالقيمة ما لم تكن أكثر من جميع الثمن بغير طرح شيء فلا يزاد له، أو يكون أقل من الثمن الصحيح بعد طرح كل ما يجب طرحه فلا

ينقص، وهو قول سحنون في كتاب ابنه وقول ابن عبدوس، وفسر به بعضهم مذهب الكتاب، قالوا: وإنما لم يذكر في الكتاب القيمة؛ لأن ذلك عنده أقل مما بقي بعد الطرح. وإليه مال أبو عمران وعبد الحق وابن لبابة.

وَيَجِبُ ذِكْرُ مَا لَوْ عَلِمَ الْمُشْتَرِي بِهِ قَلَّتْ رَغْبَتُهُ.

هذا لا يختص ببيع المرابحة، وإنما يختص ببيع المرابحة بذكر الثمن وحاله من تعجيل وتأجيل، وما أشبه ذلك.

فَيُذْكَرُ التَّأْجِيلُ

أي: يجب في المرابحة عليه أنه إذا اشترى إلى أجل أن يبيِّن ذلك للمشتري؛ لأن الأجل له حصة من الثمن، ويختلف الثمن أيضاً بقرب الأجل وبعده، فإن لم يبيِّن وباعها بالنقد فقال في المدونة: البيع مردود. فقيل: أراد إذا اختار المشتري الرد. وقيل: يفسخ وإن رضي المشتري بالنقد. واستبعد لأنه حق لمخلوق.

وَفِي طُولِ الزَّمَانِ قَوْلانِ

أي: هل يجب بيانه أو لا؟ ومذهب المدونة وغيرها التبيين، قال فيها: إلا أن يطول الزمان أو تحول الأسواق فليبيِّن ذلك. هذا نص التهذيب وفي العتبية نحوه. والذي في أصل المدونة: أحب إليَّ أن يبين. وعلل ذلك في المدونة بأن الناس أرغب في الطري من القديم، والقول بعدم البيان للخمي، قال: وهذا إذا لم يكن بان عليه، وأما إذا بان فإنه يبيِّن.

وَمَا نَقَدَهُ عَنِ الثَّمَنِ: النَّقْدُ إِنْ كَانَ عَيْناً وَجَبَ، وَفِي ذِكْرِ الأَوَّلِ قَوْلانِ، فَإِنْ كَانَ عَرْضاً فَفِي ذِكْرِ الثَّانِي قَوْلانِ، فَإِنْ كَانَ طَعَاماً فَقَوْلانِ كَالأَوَّلِ وَكَالثَّانِي ....

حاصله أنه إذا اشترى بنقد – أي: ذهب أو فضة – ثم نقد غير ما عقد عليه، فإذا باع مرابحة فله ثلاثة أقسام:

الأول: أن يشتريها بذهب وينقد عنه فضة أو بالعكس، فإذا باع مرابحة على ما عقد وجب عليه بيان ما نقد. قاله اللخمي وغيره، ونص عليه في الواضحة.

المازري: وحكى ابن المواز عن أشهب جواز ذلك إذا لم يزده على صرف الناس. وإن باع مرابحة على ما نقد ففي ذكر الثمن الذي عقد عليه قولان، والقول بوجوب التبيين في الواضحة، وهو ظاهر المدونة.

المازري: وهو ظاهر المذهب. والقول بعدم الوجوب لمالك في الموازية.

والقولان خلاف في حال هل هو مما تكرهه النفوس أم لا؟

القسم الثاني: أن ينقد عن العين التي اشتراها عرضاً مقوَّماً. اللخمي: ولا يبيع على ما نقد حتى يبيِّن، وإن باع على ما عقد فمذهب المدونة أنه يبيِّن ما نقده من العرض؛ لأن ما عقد عليه لم يستقر ثمناً.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر المذهب. وقال ابن المواز: يجوز وإن لم يبيِّن.

القسم الثالث: أن ينقد عن العين طعاماً – يريد: أو مثلياً – وخصصه بالذكر [٤٨٨/ أ] إما على طريق التمثيل، وإما لأنه الواقع في المدونة. اللخمي وعياض وغيرهما: وظاهر المدونة وجوب التبيين.

وفي الموازية: يجوز له أن يبيع على ما نقد وإن لم يبيِّن في الدنانير والدراهم والمكيل والموزون وسائر العروض، وتأوَّل فضل المدونة عليه. وعلى هذا فقوله: كالأول وكالثاني تفسير للقولين، والقول بأنه كالأول هو مذهب المدونة كما تقدم.

وقوله: **(وكَالثَّانِي)** هو مذهب الموازية. ولا يمكن أن يريد بقوله: **(كَالأَوَّلِ)** أنه يجب ذكر الطعام، ويختلف في ذكر العين. وبقوله: **(وكَالثَّانِي)** بيان للعين الذي وقع عليه. ويختلف في بيان العرض، وإن كان **ابن عبد السلام** قال ذلك؛ لأن الحمل على ذلك يستلزم الطرق لا الأقوال، على أن النقل لا يساعده.

فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرَضاً غَيْرَ مِثْلِيٍّ فَفِي جَوَازِ الْبَيْعِ مُرَابَحَةً قَوْلانِ، بِخِلافِ الْمِثْلِيِّ

أي: فلو اشترى سلعة بعرض غير مثلي فهل يجوز بيعها مرابحة؟ أجازه ابن القاسم ومنعه أشهب وسحنون؛ لأنه بيع ما ليس عندك؛ أي: لأن المشتري دخل على الحلول وكان كالسلم الحالِّ. وحمل اللخمي قول ابن القاسم على ظاهره، وتأول النهي عن بيع ما ليس عندك على بيع معين في ملك غيره.

وإلى هذا أشار ابن يونس؛ لأنه قال: ليس هذا من باب بيع ما ليس عندك؛ لأنه لم يقصد ذلك، بدليل اتفاقهم في الشِّقص المبيع بشيء مما يكال أو يوزن أن للشفيع أن يأخذه بمثل ذلك وإن لم يكن عنده، والأخذ بالشفعة كبيع ثانٍ. انتهى. ورده عياض بأن الشفعة لا يقدر فيها إلا على ذلك، بخلاف هنا فإنهما قادران على البيع مساومة.

واستقرأ بعضهم من قول ابن القاسم في هذه المسألة جواز السلم الحال، وحمل القاضي قول ابن القاسم على أن العرض حاضر عند المشتري، فيتفق القولان على جواز بيعه مرابحة؛ لأن ذوات الأمثال توجد غالباً. ونحوه لابن بشير، وهو وهم؛ لأن أشهب نص في المدونة على المنع في الجميع، بل لو لم ينص عليه لكان لازماً له؛ لأن السلم الحال ممتنع فيهما. وقاله ابن راشد وابن عبد السلام.

وَلَوْ أَتَمَّ بَعْضَ الْمَبِيعِ بِالشِّرَاءِ مِنْ شَرِيكِهِ فَالرِّوَايَةُ كَالأَجْنَبِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ

يعني: إذا اشترى جزءاً من سلعة ثم أتم بقيتها من شريكه بالشراء فإن له بيع الجميع مرابحة من غير بيان. كما أن للأجنبي إذا اشترى الجزء الباقي أن يبيع هو والمشتري الأول جميع السلعة من غير بيان. وأشار بالنظر إلى الفرق بينهما؛ لأن من اشترى بقيتها قد يزيد فيه ليكمل له الملك والمشتري يكرهه. فينبغي أن يقال بوجوب التبيين، بخلاف الأجنبي فإنه قد دخل ابتداء على الشركة، وذلك مما ينقص الثمن، وهذا لا يكرهه المشتري في بيع المرابحة.

وقد أشار ابن بشير إلى هذا النظر، وقيد اللخمي الجواز بأن الزيادة لصلاحية السلعة كذلك؛ أو بغلاء السوق، وأما إن كانت لدفع ضرر الشركة فيجب البيان.

وَلَوْ كَانَ مُتَعَدِّداً مُخْتَلِفَ الصِّفَاتِ فَقَوَّمَهُ وَجَبَ بَيَانُهُ.

كما لو اشترى ثياباً أو غيرها في صفقة واحدة، ثم جعل لكل سلعة من الثمن قسطاً، فلا يجوز أن يبيع إحداهما على ذلك إلا بعد التبيين؛ لأنه قد يخطئ في التوصيف وقد لا يخطئ، ولكن زاد لرغبة في الجملة أو في سلعة منها.

وَإِنْ كَانَ مُتَّفِقَ الصِّفَاتِ كَثَوْبَيْنِ مَثَلاً فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَا عَنْ سَلَمٍ جَازَ

أي: وإن اشترى متعدداً متفق الصفات كثوبين متفقين. وحذف الصفة للعلم بها. وقوله: (**مَثَلاً**) حشو؛ لأن الكاف يفيده. والجواز لابن نافع؛ لأن اتفاق الصفات يبعد معه الخطأ في التقويم. والمنع لسحنون؛ لأنه قد يرغب في الجملة والتفصيل، وهو مذهب المدونة.

(**إِنْ كَانَا عَنْ سَلَمٍ جَازَ**) وإن كانا معينين لم يجز؛ لأنه قد يقصد أحدهما بخلاف السلم؛ لأنه إنما انعقد على الصفة، والفرق أنها مستوية، وقيد فيها الجواز في السلم بألا يكون تجاوز عنه في الصفة؛ أي: أخذ أدنى مما في الذمة.

وقيده اللخمي أيضاً بألا يكون أحدهما أجود مما وصف؛ فإن كان أجود وصف الزائد عليه وعلى ثوب المرابحة؛ لأن الزيادة كهبة لأجل البيع فيجب توصيفها. واختلف إذا وجب عليه البيان ولم يبين: هل هي مسألة غش أو مسألة كذب؟

وَأَمَّا فِي الْمِثْلِيِّ فَجَائِزٌ

أي: وأما لو باع ما اشتراه من المثلي مرابحة فله ألا يبيِّن. وهكذا نص عليه في المدونة.

وتعقبه المتأخرون بأن شراء الجملة يرغب فيه، فيكون ثمن بعضه منفرداً أقل منه بانضمامه إلى الجملة، ولا سيما على ما تقدم أن استحقاق الثلث مقتض لرد جميعه.

وَلَوْ أَقَالَ مُشْتَرِيَهُ مِنْهُ وَجَبَ بَيَانُهُ.

أي: ولو أقال المشتري من البيع فلا يجوز له أن يبيعه حتى يبيِّن؛ لأن ذلك مما تكرهه النفوس.

وقوله: (**أَقَالَ**) أي: على مثل الثمن الأول؛ لقوله بعد هذا: (**فإن كان بزيادة... إلخ**). والظاهر أن وجوب التبيين عام على قول من يرى أن الإقالة حل بيع أو ابتداء بيع؛ لما ذكرناه من كراهة النفوس.

فائدة:

الإقالة عندنا بيع من البيوع إلا في ثلاث مسائل: الإقالة في المرابحة، والإقالة في الطعام، والإقالة في الشفعة.

فَلَوْ كَانَتْ بِزِيَادَةٍ أَوْ نَقْصٍ فَالْمَشْهُورُ الْجَوَازُ

[٤٨٨/ ب] أي: وإن كان التقايل على زيادة أو نقص فالمشهور - وهو مذهب المدونة - جواز بيعه على الثمن الذي تقايلاه من غير بيان؛ لأن الخلاف في الإقالة: هل هي حل بيع أو ابتداء بيع؟ إنما هو إذا كانت على مثل الثمن الأول، وأما إن كانت بأزيد أو بأنقص فهو بيع حقيقة.

والشاذ لابن حبيب بالمنع ولو استقال بنقص. واستشكل قوله: مع النقص؛ لأنه خير للمشتري.

وتأول اللخمي قوله بما يمنع هذا الإشكال، فقال: إنه إنما يمنع إذا استقال بنقص بشرط أن يكون الثمن الذي استردها به أكثر مما اشتراها به أو المثل؛ مثل أن يكون اشتراها أولاً بعشرة، ثم باعها بخمسة عشر، ثم أقال على اثني عشر، فيتهم على أن البيع صورة؛ ليتوصل إلى بيعها باثني عشر.

والأكثر على أن قول ابن حبيب خلاف. وذهب فضل إلى أن المذهب قول ابن حبيب، وتأول مذهب المدونة على أنه اشتراها من غير من باعها منه.

فَلَوْ كَانَ شِرَاءً ثَانِياً مِنْهُ فَفِي جَعْلِهِ كَالإِقَالَةِ قَوْلاَنِ

المحققون من الشيوخ يرون أن لا فرق بين هذه والتي قبلها في المعنى؛ لأن شراءه ثانياً إن كان بمثل الثمن فهو إقالة، وإن كان بأقل أو بأكثر فالمشهور الجواز.

وإنما افترقا في اللفظ فقط؛ ففي الأولى رجعت بلفظ الإقالة، والثانية بلفظ الشراء، والمعول عليه المعنى دون اللفظ.

وَلَوْ بَاعَا مُرَابَحَةً - وَالثَّمَنُ مُخْتَلِفٌ - فَفِي قَسْمِ الثَّمَنِ وَالرِّبْحِ قَوْلاَنِ، أَحَدُهُمَا: كَالانْفِرَادِ، وَالثَّانِي: كَالْمُسَاوَمَةِ ....

أي: ولو اشترى رجلان سلعة في عقدين بثمنين مختلفين، كما لو اشترى أحدهما نصفها بمائة والآخر نصفها بخمسين، ثم باعاها معاً صفقة واحدة بربح مائة، فاختلف المذهب في كيفية قسمهما الثمن والربح:

فقال ابن القاسم وهو المشهور: يقسمان ذلك أثلاثاً بينهما. وإليه أشار بقوله: (**كَالانْفِرَادِ**) أي: كما لو باع كل واحد منهما نصفه منفرداً.

وقال أشهب: يقسم الثمن والربح نصفين. كما لو باعا مساومة بمائتين وخمسين؛ لأن المشتري دخل على ذلك.

ابن عبد السلام: وكذلك يرجع عليهما في العيب والاستحقاق. ومنشأ الخلاف: هل ينظر إلى الأثمان أو الحصص؟

وَلَوْ بَاعَا بِوَضِيعَةٍ فَالْمَشْهُورُ كَالانْفِرَادِ

ومنشأ الخلاف المشهور كالمشهور، والشاذ أجراه الأشياخ على قول أشهب.

ولا يَجِبُ بَيَانُ غَلَّةِ الرَّبْعِ والْحَيَوَانِ

خص الرَّبع والحيوان؛ لأنهما لا يتغيران بالاستعمال، بخلاف الثياب وشبهها.

والرَّبع يشمل الأرض وما اتصل بها من بناء وشجر، وهو مقيد بألا تكون ثمرة الشجرة مأبورة يوم العقد فيجب عليه بيانه. وكذلك الصوف، قال في المدونة: لأنه إن كان يوم البيع تامّاً فقد صار له حصة من الثمن، وإن لم يكن تامّاً فلم يثبت إلا بعد مدة يتغير فيها. وأما الأولاد ليست غلة فلا تندرج في كلامه، قال في المدونة: وإن توالدت الغنم لم تبع مرابحة حتى يبيِّن وإن باعها بأولادها.

إِذَا كَذَبَ فِي الثَّمَنِ - والسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ - فَلَهُ رَدُّهَا إِلا أَنْ يَحُطَّ الْكَذِبَ ورِبْحَهُ، وقِيلَ: ولَوْ حُطَّ لِخُبْثِ مَكْسَبِهِ ....

كما لو اشتراها بعشرة وقال: باثني عشر، وسواء كذب عمداً أو خطأً، قاله ابن حبيب وهو صريح الكذب. وألحق به سحنون تقدير الكذب وهو ما له تأثير في زيادة الثمن؛ مثل: أن يشتري بثمن مؤجل فيبيع نقداً، أو يشتري ثوبين صفقة فيبيع أحدهما بما ينوبه. وهو خلاف مذهب ابن القاسم، قاله ابن رشد.

قوله: (**فَلَهُ رَدُّهَا**) لا شك أن له أن يتمسك بها وله أن يردها، إلا أن يسقط البائع الكذب وربحه فلا مقال للمشتري حينئذٍ؛ لأن الخيار كان له بسبب الزيادة وقد سقطت. هذا هو المشهور.

وقال عبد الملك: للمشتري الخيار ولو أسقط البائع؛ لأن البائع قد تبين خبث مكسبه.

وأشار المازري واللخمي إلى أنه وفاق، وحملا قول مالك على أن المشتري قام بالكذب وحده، ولو قام بخبث المكسب لكان ذلك له، كقول عبد الملك.

ابن عبد السلام: وفيه نظر؛ لأنه لو كان هذا يدل على خبث المكسب للزم أن يكون الخيار لمن اشترى منه غيرها مساومة.

ونقل ابن بشير عن المتأخرين أنه إن ظهر على كذب البائع من غير أن ينفصل منه فللمشتري الخيار لخبث المكسب؛ أي: لحرام المكسب، وإن أتى البائع منفصلاً من كذبه نادماً على ما صدر منه فكالمشهور.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْبَائِعُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِ الصَّحِيحِ وَرِبْحِهِ أَوْ قِيمَتِهَا مَا لَمْ تَزِدْ عَلَى الْكَذِبِ وَرِبْحِهِ، وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ الصَّحِيحُ وَرِبْحُهُ....

أي: فإن فاتت السلعة المكذوب في ثمنها فالمشهور يخير البائع بين أن يأخذ الصحيح وربحه، وبين أن يرجع إلى القيمة بشرط ألا تزيد على الكذب وربحه؛ لأنه قد رضي بالكذب وربحه فلا يزاد عليه، يريد: ما لم ينقص عن الثمن الصحيح وربحه.

المازري: وهذا على المشهور، وأما على قول عبد الملك فإن الواجب فيها مع الفوات تفصيل منه: وينظر إلى من يستحق قيمة هذه السلعة أو ثمنها، أو يمكن البائع من المطالبة بها باعه من مال حرام في يديه أم لا. والقول بتعيين الصحيح وربحه لمالك في الموازية ورجع عنه.

وفي المسألة قول ثالث: إن على المبتاع قيمتها يوم قبضها، إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن بالكذب وربحه فلا يزاد عليه، أو يكون [٤٨٩/ أ] أقل من الثمن الصحيح وما قابله من الربح فلا ينقص منه.

وَفِي الْفَوَاتِ بِحَوَالَةِ الأَسْوَاقِ قَوْلانِ

لما كان الحكم يختلف بقيامها وفواتها احتاج إلى بيان العيب، وذكر المختلف فيه وهو حوالة الأسواق، وسكت عما فوقه لاتفاقهم عليه.

ابن راشد: ورواية ابن القاسم أنها مفيتة. وروى ابن زياد عن مالك في المدونة أن السلعة إذا فاتت بنماء أو نقص وجبت فيها القيمة.

الشيخ أبو محمد وغيره: هذه الرواية مخالفة لرواية ابن القاسم في أن حوالة الأسواق لا تفيت على هذه. وقال جماعة: يحتمل أن يكون مراده في هذه المسألة حكم هذا البيع مع الفوت، لا بيان حكم ما يفيت هذا البيع. وتكون الروايتان متفقتين، وعلى طريقة ابن أبي زيد مشى المصنف.

وكذلك اختلف في فهم رواية ابن القاسم أن القيمة في هذه السلعة المكذوب في ثمنها يوم القبض، ورواية ابن زياد أنها يوم البيع: هل ذلك خلاف على ظاهر الكلام، أو هما راجعان إلى شيء واحد؟ والمعنى يوم البيع، ومعنى رواية ابن القاسم أن القبض كان يوم البيع.

واختلف في هذه السلعة المكذوب في ثمنها إذا هلكت بيد البائع: هل يكون ضمانها من البائع، وإليه ذهب أبو بكر بن عبد الرحمن، أو من المشتري وهو مذهب أبي عمران؟

وَمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ كَالْقَائِمِ يُرَدُّ مِثْلُهُ فِي مَوْضِعِ الْقِيمَةِ

يعني أن ما تقدم من التفرقة بين القيام والفوات خاص بالمقوَّم، وأما المثلي فإن فوات عينه كلا فوات؛ لقيام المثل فيه مقام العين.

وقوله: (**يُرَدُّ مِثْلُهُ فِي مَوْضِعِ الْقِيمَةِ**) أي: في الموضع الذي كانت تجب فيه القيمة في المقوم.

ولَوْ نَقَصَ غَالِطاً، وصَدَّقَهُ فِي الثَّمَنِ، أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ فَعَلَيْهِ مَا صَدَّقَهُ وَرِبْحُهُ، أَوْ يَرُدُّهَا....

أي: لو غلط على نفسه فباعها بأقل مما اشتراها به؛ كما لو اشتراها بمائة وأخبر أنه اشتراها بتسعين فلا يصدق بمجرد دعواه، بل حتى يصدقه المشتري أو تقوم له بينة. قال

في كتاب القسم من المدونة: أو يأتي من رقم الثوب بما يستدل به على الغلط، فيحلف البائع ويصدق. وزاد الباجي: أو يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه.

وقوله: (**فَعَلَيْهِ... إلخ**) أي: أن المشتري مخير بين أن يدفع الثمن الذي شهدت به البينة وربحه، وبين أن يرد السلعة.

فَإِنْ فَاتَتْ فَالْمُشْتَرِي مُخَيَّرٌ بَيْنَ إِعْطَاءِ الصَّحِيحِ ورِبْحِهِ، أَوْ قِيمَتِهَا مَا لَمْ تَنْقُصْ عَنِ الْغَلَطِ ورِبْحِهِ ....

أي: فإن فاتت بنماء أو نقصان. ولم يجعل في المدونة تغير السوق مفيتاً كما في الزيادة؛ لأنه غلط على نفسه. وحاصله أن له القيمة ما لم ينقص عن الثمن المغلوط به وربحه، ما لم يزد على الثمن الذي تبين وربحه. وعارض ابن الكاتب هذه المسألة بمسألة تضمين الصناع إذا باع ثوباً فغلط فدفع غيره فقطعه المبتاع، فإنه قال: يرده ولا شيء عليه في القطع. ولم يجعل القطع فوتاً كما جعل ابن القاسم في بيع المرابحة هنا.

وفرَّق هو بأن ثوب الكذب في المرابحة لو هلك بعد القبض ببينة لكان هلاكه من المشتري، وثوب الغلط لو هلك ببينة لكان هلاكه من البائع.

وهو يرجع في المعنى لما فرق به غيره: أن المسألة تضمين الصناع لم يجز فيها بيع، والبائع سلط المبتاع فلم يكن عليه شيء، بخلاف القطع في بيع المرابحة فإنه وقع في بعض ما وقع العقد عليه، وانتقل الملك فيه إلى المشتري.

وتَقْوِيمِهَا يَوْمَ قَبْضِهَا، وقِيلَ: يَوْمَ الْبَيْعِ

الضمير في: (**وتَقْوِيمِهَا**) يحتمل أن يعود على السلعة المغلوط فيها. والقول بتقويمها يوم القبض مذهب الموطأ، وتقويمها يوم البيع مذهب المدونة؛ لأنه صحيح على ما تقدم. ويحتمل أن يعود على التي زاد فيها أو نقص فيعم الصورتين.

ابن عبد السلام: وأشار غير المصنف إلى أن الخلاف في مسألة الغلط مخرج من مسألة الكذب؛ لأنه منصوص.

وَلَفْظُ الأَرْضِ يَشْمَلُ الأَشْجَارَ والدِّيَارَ ونَحْوَهَا وَلَفْظُهُمَا يَشْمَلُهُمَا

يعني: أنه إذا باع شخص أرضاً بكذا ولم يزد فإنه يتناول ما اتصل بها من بناء وشجر، وكذلك لو باع البناء والشجر اندرجت في العقد للعرف، ونحو الديار الآبار والعيون والمطامير.

ولا يَنْدَرِجُ الْمَأْبُورُ والْمُنْعَقِدُ إلا بِشَرْطٍ

يقال: أبرت النخل بفتح الباء مخففة، آبر بضم الباء أبراً وإباراً مخفف فهي مأبورة. وأبَّرتها مشدد الباء أؤبرها تأبيراً وإبَّاراً مشددة فهي مؤبرة، وتأبرت النخل وائتبرت. واختلف في معناه: ففي الإكمال: هو تعليق طلع الذكر في الأنثى؛ لئلا يسقط ثمرها وهو اللقاح. ونحوه في الجواهر، قال: يقال: أبر فلان نخله؛ أي: لقحه وأصلحه. ثم قال: وتأبير النخل تلقيحه. وقال ابن حبيب: الإبار: شق الطلع عن الأنثى.

وقوله: (**ولا يَنْدَرِجُ الْمَأْبُورُ**) يريد: إذا اشترى النخل، وكذلك لو اشترى الأرض والنخل فإنه لا يندرج في ذلك الثمرة المأبورة والمنعقدة، وقاله ابن الجلاب.

وأفتى ابن الفخار وابن عتاب باندارج الثمرة وإن أبرت وطابت، قالا: لأن الشجر أنفسها تندرج وإن لم تشترط، وإذا أدخلت الأصول فالفروع أولى. وما قالاه هو القياس، لكن المنصوص لمالك خلافه، ودليله ما في الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «**من ابتاع نخلاً قد أبرت فثمرها للذي باعها إلا أن يشترطه المبتاع**».

والتأبير خاص بالنخل، [٤٨٩/ ب] وما له زهر ثم ينعقد بانعقاده كإبار النخل، ولذلك عطف المصنف المنعقد على المأبور. وما لا زهر له يعتبر فيه أن تبرز جميع الثمرة عن موضعها وتتميز عن أصلها، فهو بمنزلة التأبير فيها.

وفهم من كلامه أن الثمرة غير المأبورة تابعة، واختلف إذا اشترطها البائع لنفسه قبل الإبار؛ فقيل: لا يجوز ذلك. وقيل: يجوز.

اللخمي: وهو الصحيح من المذهب بناء على أنه مبقى على ملكه.

فَإِنْ تَأَبَّرَ الشَّطْرُ فَلَهُ حُكْمُهُ

أي: ما أُبِّر للبائع وما لم يؤبر فللمبتاع. وألحق في الواضحة والموازية ما قارب الشطر به.

وقال محمد بن دينار: ما أبر تبع لما لم يؤبر، فالكل للمبتاع. وقال ابن القاسم: يقال للبائع: إما أن تسلم جميع الثمرة، وإلا فسخ البيع ولو رضي المبتاع بالنصف. هكذا حكى الباجي هذه الأقوال.

قال: وهذا إذا كانت الثمرة المأبورة متميزة؛ بعضها أبر وبعضها لم يؤبر، وأما إن كانت الثمرة حين تأبيرها وكان في سائر الثمار قد ظهر بعض الثمرة وبعضها لم يظهر، فرأى ابن حبيب أن ذلك للبائع، ورأى ظهور بعضها كظهور جميعه أصله الإزهاء. وروى ابن المواز أن ذلك لا يجوز، إلا أن يشترط المبتاع الثمرة، ورأى أنه لما لم تؤبر لا يجوز أن يشترط البائع ما لم يؤبر، فلم يبق إلا أن يشترط المبتاع نصيب البائع.

وحملها ابن رشد على خلاف هذا فقال: الأقل تابع للأكثر شائعاً أو غير شائع، فإن لم يكن أحدهما تبعاً وكانا متناصفين أو متقاربين، فإن كان ما أُبِّر على حدة وما لم يؤبَّر على حدة فللبائع ما أُبِّر وللمبتاع ما لم يؤبَّر، على ما قاله المخزومي، وإن كان ذلك شائعاً في كل نخله فأربعة أقوال:

أحدها: أن الخيار للبائع؛ إما أن يسلم الحائط بثمرته للمبتاع، وإلا انفسخ البيع. وهو قول ابن القاسم.

الثاني: أن البيع يفسخ على كل حال، إلا أن يكون وقع بشرط أن تكون الثمرة للمبتاع. وهو قول ابن القاسم وسحنون فيما حكى الفضل.

الثالث: أنه كله للمشتري. وهو قول ابن دينار.

والرابع: أنه كله للبائع. وهو قول ابن حبيب في الواضحة.

وذكرها ابن زرقون على نحو ما ذكره ابن رشد، وذكر أن الباجي لم يحسن تحصيل هذه المسألة. وذكر ابن القطان أن الذي به القضاء أن البيع لا يجوز إلا برضا البائع بتسليمه الجميع للمبتاع.

ابن العطار: أو يرضى المبتاع بتسليمه للبائع.

وَإِنْ تَأَبَّرَ الأَكْثَرُ حُكِمَ بِحُكْمِهِ لِلْجَمِيعِ

هذا قول مالك الذي عليه أكثر أهل المذهب، وروي عنه أنه مثل ما لو تَأَبَّر الشطر.

وَلِكِلَيْهِمَا السَّقْيُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالآخَرِ

قال ابن راشد وشيخنا وغيرهما: يعني البائع والمشتري؛ أي: حيث يحكم بالثمرة للبائع بانعقادها أو بإبارها فله السقي ما لم يضر بالمشتري، ولمشتري الأصول سقيها ما لم يضر بثمرة البائع.

وقال **ابن عبد السلام**: لكل واحد من صاحبي المأبور والمنعقد السقي ما لم يضر ذلك بالمشتري. ومعناه: إلى الوقت الذي جرت العادة أن تجد الثمرة فيه. وانظر لو تقابل الضرران فإني لم أر لأصحابنا فيها شيئاً، وللشافعية فيها ثلاثة أقوال: هل يقدم البائع أو المشتري؛ لأن البائع قد التزم سلامة الأشجار له، أو يتساويان فيفسخ العقد لتعذر التسليم إن لم يصطلحا.

نعم تكلم علماؤنا فيمن يلزمه السقي، فقال مالك في الموازية: هو على البائع حتى يسلم الأصل لمشتريه، وقال المخزومي في بائع النخل دون الثمرة أن السقي على مشتري الأصول.

فرع:

فإن اشترط المبتاع بعض ما أبر أو بعض ما خرج من الزرع لم يجز على المشهور؛ لأنه قصد بيع الثمار قبل بدو صلاحها، بخلاف اشتراط بعض ما أزهى وبعض ما يبس من الزرع. وقال أشهب: يجوز اشتراط بعض ذلك كاشتراط الجميع. ولو كان المبيع فدانين واشترط زرع أحدهما لم يجز عند ابن القاسم، وقيل بالجواز على مذهبه؛ لأنه لو أفرد كل فدان بالبيع واشترط زرعه جاز، حكاه في الطرر.

ولا تَشْمَلُ الأَرْضُ الزَّرْعَ الظَّاهِرَ. وفِي الْبَاطِنِ رِوَايَتَانِ

اختلف في إبان الزرع، فروى أشهب أنه ظهوره من الأرض، ورواه ابن القاسم، وروى عنه ابن القاسم أيضاً هو أن يفرك، وروي عن مالك أيضاً في الأسدية أنه خروجه من يد باذره.

وَلاَ الْحِجَارَةَ الْمَدْفُونَةَ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: أنه إذا باعه أرضاً فوجد حجراً أو رخاماً أو أعمدة، فالمعلوم من مذهب ابن القاسم أنه لا حق في ذلك للمبتاع وهو للبائع.

وذهب سحنون وابن حبيب وابن دينار إلى أنها للمبتاع، وهو ظاهر قول ابن القاسم في العتبية. وقيد صاحب البيان هذا الخلاف بالمجهول الذي لا يعلم صاحبه، وأما إن ثبت أن ما وجد في الأرض مغيباً من متاع البائع، أو من متاع من ورثه عنه، فلا خلاف أنه له.

وكذلك إن علم أن ما وجده أحد الورثة في حصته أنه لموروثهم، فهو بينهم بلا خلاف. وكذلك إذا ثبت أن البيت أو الجب الموجود تحت الأرض كان البائع عمله ونسيه فلا خلاف أن للبائع أن ينقض البيع، ولمن لم يوجد ذلك في حظه أن ينقض القسمة.

والدَّارُ تَشْمَلُ الثَّوَابِتَ كَالأَبْوَابِ، والرُّفُوفِ، والسُّلَّمِ الْمُسَمَّرِ

أي: إذا باع داراً فإنها تشمل الأشياء الثوابت، فالثوابت جمع ثابت كالأبواب والرفوف وهو ما تعلق عليه الأثواب، [٤٩٠/ أ] وكذلك الطاقات.

واشتراطه في السُّلَّم أن يكون مسمراً يقتضي أنه لو كان غير مسمر لكان للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، وهو قول ابن عتاب. وألحقه ابن العطار وابن زرب بالمسمر، واحتج له ابن سهل بقول ابن القاسم فيمن اكترى من رجل منازل سنة وفيها علو وليس لها سلم، فقال المكتري لصاحب المنزل: اجعل لي سلماً، فتوانى حتى انقضت السنة، فقال: ينظر إلى ما يصيب ذلك العلو من الكراء فيطرح.

ورده صاحب البيان بأن الكراء يتضمن التمكين من الانتفاع، ولا يتوصل إليه إلا بسلم، فإذا لم يجعل له سلماً لم يحصل التمكين، وأما الشراء فيتضمن التمكين من ذات المبيع وقد حصل. وليس شرط التمكين من الذات دفع السلم، وإلا وجب على البائع أن يأتي بسلم إن لم يكن. وهذا لم يقله ابن العطار.

واحترز المصنف بالثوابت مما ينتقل كالحبل والدلو فإن ذلك خارج. ابن عتاب: وتندرج المطحنة المبنية. وقال ابن العطار: السفلية فقط.

فرع:

ولو كان في الدار جرار ونحوها فأراد البائع إخراجها ولم يسعها الباب، أو كان فيها بعير صغير فكبر ولم يخرج من الباب، فقال ابن عبد الحكم: ليس على المبتاع قلع الباب، ويذبح هذا بعيره ويكسر جراره. ونزلت بإشبيلية وكتب بها إلى القيروان، فقال أبو عمران: الاستحسان أن يهدم الباب ويبنيه البائع إن لم يبق بعد البناء عيب، وإن بقي بعده عيب ينقص الدار قيل للمبتاع: ادفع قيمة الجرار، فإن أبى قيل للبائع: أنزله وأعطِ قيمة العيب، فإن أبى تُرِكا حتى يصطلحا.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إن علم المبتاع بها ووقع الشراء على أنه للبائع لزمه إخراجها، وإن لم يعلم وكان الذي يهدم لها يسيراً هدمه وأصلحه.

والْعَبْدُ يَشْمَلُ ثِيَابَ الْمِهْنَةِ الَّتِي عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ إلا بِاشْتِرَاطِهِ

يعني: أن إطلاق لفظ العبد يشمل الثياب التي يمتهنها في خدمته بحكم العرف، وكذلك الأمة، بخلاف الرفيعة.

فرع:

واختلف إذا اشترط البائع ثياب المهنة: هل يوفى له بالشرط، وهو رواية عيسى عن ابن القاسم، وصححه ابن رشد وذكر أن به مضت الفتوى، أو يبطل شرطه، وهو رواية أشهب عن مالك؟ ابن مغيث في وثائقه: وبه مضت الفتوى عند الشيوخ.

فائدة:

ذكر المتيطي وغيره ست مسائل قال مالك فيها بصحة البيع وبطلان الشرط:

الأولى: هذه على ما ذكر ابن مغيث.

الثانية: من اكترى أرضاً بزرع أخضر على أن الزكاة على البائع.

الثالثة: البيع على ألا مواضعة على البائع.

الرابعة: ألا عهدة عليه.

الخامسة: على أن المبتاع إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، وإلا فلا بيع بيننا.

السادسة: إذا اشترى الثمرة على ألا قيام له بجائحة، خلافاً لما في السليمانية أنه يوفى له بالشرط. هكذا نقل ابن عبد السلام. ونقل اللخمي عن السليمانية أن البيع فاسد قال: وقال ابن شهاب: البيع جائز والشرط جائز.

خليل: ويزاد على هذا إذا اشترط المشتري ما لا غرض فيه ولا مالية فإنه يلغى كما تقدم. وذكر ابن لبابة عن مالك في: "إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا" ثلاثة أقوال:

أحدها: ما تقدم.

والثاني: صحة البيع والشرط.

والثالث: فسخ البيع.

وفرق في الدمياطية بين: إن جئتني، وبين: إن لم تأتني. وإن قال: "أبيعك على إن جئتني بالثمن فالبيع بيني وبينك" فالثمن حال كأنه رآه بيعاً ثانياً، وإنما يريد فسخه بتأخير النقد. وإن قال: "إن لم تأتني بالثمن" فكأنه لم ينعقد بينهما بيع، إلا أن يأتيه فلا يجبر على النقد إلا إلى الأجل.

وقوله: (**دُونَ مَالِهِ إلا بِاشْتِرَاطِهِ**) لما صح عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر رضي الله عنه: «**من باع عبداً فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع**».

وَبَيْعُ الثِّمَارِ ونَحْوِهَا قَبْلَ بُدُوِّ صَلاحِهَا عَلَى الْقَطْعِ يَصِحُّ

قوله: (**ونَحْوِهَا**) أي: من الزرع، والمقاتي، والمباطيخ، والنوار كالورد.

وقوله: (**عَلَى الْقَطْعِ**) أي: في الحال أو قريباً منه، ولا يؤخرها إلى زمان تزيد فيه. وقيده اللخمي بثلاثة شروط:

الأول: أن ينتفع به؛ لنهيه عليه الصلاة والسلام عن إضاعة المال.

ثانيها: أن تدعو إلى ذلك حاجة، وإلا كان من الفساد.

وثالثها: ألا يتمالأ أهل البلد على ذلك؛ لئلا يعظم الفساد.

وعَلَى التَّبْقِيَةِ يَبْطُلُ

وبيعها على شرط التبقية باطل؛ لما في الموطأ: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهي، قيل له: يا رسول الله وما تزهي؟ فقال: «**حتى تحمر أو تصفر**».

وفي الصحيح: **أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع النخل حتى تزهي، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري.**

فَإِنْ أُطْلِقَ فَظَاهِرُ الْمُدَوَّنَةِ يَصِحُّ، وقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: يَبْطُلُ

أي: لم يشترط القطع ولا التبقية، فظاهر المدونة: يصح؛ لقوله في البيوع الفاسدة: ومن اشترى ثمراً فجذه قبل إزهائه فالبيع جائز إذا لم يشترط تركه إلى إزهائه.

ووقف مع هذا الظاهر ابن محرز وعبد الحميد واللخمي وغيرهم من المتأخرين، ورجحوه بأن مقتضى العقد المناجزة في الثمن والمثمون، والتأخير فيهما أو في أحدهما لا يكون إلا بشرط أو عادة. ومذهب العراقيين البطلان، [٤٩٠/ ب] وهو المذهب عندهم.

الباجي والمتيطي: وهو المشهور عن مالك، وتأول ابن أبي زيد المدونة على ذلك؛ لأنه تأولها على أنه اشترط الجذ. واختار اللخمي أن يستدل على الجذاذ والتبقية بقلة الثمن وكثرته؛ إذ ثمن ما على القطع أقل.

فرع:

إذا وقع العقد على التبقية فسخ، والثمرة من ضمان البائع ما دامت في رؤوس النخل، فإن جذها المبتاع رطباً رد قيمتها، وإن جذها ثمراً رده بعينه، وإلا رد مثلها. وكذلك يفسخ إذا بيع على الإطلاق، وقلنا أن ذلك يقتضي التبقية.

وبَيْعُهَا لِمُشْتَرِي الشَّجَرِ يَصِحُّ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: أنه اختلف فيمن اشترى نخلاً مأبورة، وقلنا: إن الثمرة للبائع، هل يجوز للمشتري أن يشتري الثمرة؟ الأصح وهو المشهور: الجواز؛ كبيع الخلفة بعد شراء الأصل، وكاشتراء الأرض فيها زرع لم يبد صلاحه مجردة من الزرع، ثم اشتراه، وكبيع مال العبد في عقد ثان بناء على أن اللاحق للعقد واقع فيه أم لا. وحكى بعضهم في مسألة المصنف وفي مال

العبد أربعة أقوال: هذين القولين، **والثالث**: الجواز في الثمرة دون مال العبد. ورواه أشهب أيضاً وقال به. **والرابع**: يجوز ذلك بحدثان العقد، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

يحيى: وحد العبد في ذلك عشرون يوماً. قال بعض الشيوخ: ولو جذ الأصل ثم اشترى الخلفة فلا يجوز اتفاقاً؛ لأنه يشتريها غير مستندة إلى شيء، وهذا يأتي في العبد إذا اشتراه فمات أو أعتقه أو باعه، ثم أراد بعد ذلك أن يشتري ماله، فلا يجوز باتفاق، وكذلك النخل والأرض إذا باعها على الإطلاق، ثم أراد أن يشتري زرع الأرض أو ثمرة النخل. فاعلمه.

وبَعْدَ بُدُوِّ الصَّلاحِ يَصِحُّ مَا لَمْ يَسْتَتِرْ نَحْوَ الْبِزْرِ مِنَ الْكَتَّانِ

أي: ويجوز بيع الثمار بعد بدو الصلاح منضمة إلى الأصل ومفردة على القطع أو التبقية، لكن بشرط ألا تستتر في أكمامها كبزر الكتان مجرداً عن أصله، وكالحنطة مجردة عن سنبلها، والجوز واللوز مجرداً عن قشره على الجزاف.

الباجي: ولا خلاف فيه وهو ظاهر؛ لأنه بيع مغيب. وفي بعض النسخ: **(ما لم يستثن)** أي: ما كان من الحبوب مستتراً، وعليه تكلم ابن عبد السلام فقال: قوله: **(ما لم يستثن)** يظهر منعه على القول بأن المستثنى مشترى لانتفائه عن ملك البائع، ويجوز على القول بأن المستثنى مبقى. والنسخة الأولى أصوب، وهي التي تكلم عليها ابن راشد وغيره. ويلزم من الثانية مخالفة المشهور فقد قال المتيطي: ويجوز لبائع الثمرة أن يستثني جزءاً شائعاً منها قليلاً كان أو كثيراً؛ لأن البيع لم يتناول الجزء المستثنى، هذا هو المشهور من المذهب. وقال عبد الملك: لا يجوز استثناء الأكثر، ويجوز في النصف فأقل.

وبُدُوُّ الصَّلاحِ فِي بَعْضِ حَائِطٍ كَافٍ وَفِي الْمُجَاوِرَةِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ إِذَا كَانَ طَيِّبُهُ مُتَلاحِقاً، وقِيلَ: فِي حَوَائِطِ الْبَلَدِ

أي: لا يشترط عموم بدو الصلاح في كله، بل يكتفى أن يكون في بعضه، أو في بعض حائط مجاور له، ولو كانت شجرة واحدة بشرط ألا تكون باكورة.

ولذلك قال: (**إِذَا كَانَ طَيِّبُهُ مُتَلاحِقاً**). واحترز بقوله: (**فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ**) من الجنسين فلا يباع جنس بطيب آخر. فإن كان الجنس الذي لم يطب تبعاً لما طاب، فقيل: يجوز. ومنعه سحنون؛ لعدم الضرر في تأخيره.

والقول بأنه يجوز بيع جميع حوائط البلد ببدو الصلاح في حائط منها لابن القصار، وإن لم تكن مجاورة. وزاد ابن رشد قولاً آخر: أنه لا يجوز بيع الحائط حتى يعمه الزهو. قال: وما استعجل زهوه من الثمار لعارض وسبب من مرض في الثمرة وما أشبه ذلك، فلا اختلاف أنه لا يبيح له بيع ذلك الحائط.

وصَلاحُهَا: زَهْوُهَا وظُهُورُ الْحَلاوَةِ فِيهَا

لما في الصحيح: أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الزهو فقال: «**أن تحمر أو تصفر**». فإن قلت: الزهو يغني عن الحلاوة؛ لأنها لازمة له، قيل: إن الواو في كلامه للتنويع؛ أي: الزهو خاص بالثمرة، وظهور الحلاوة عام به وبغيره. وفي كلام المصنف نظر؛ لأن قوله: (**وظُهُورُ الْحَلاوَةِ**) لا يعم؛ لأن بعضها قد لا تظهر فيه الحلاوة كالموز فإنه يباع في شجره. قال ابن المواز: لا يباع حتى ينزع.

الباجي: يريد إذا بلغ مبلغاً إذا نزع عن أصله تهيأ للنضج. قال: وبدو صلاح التين أن يطيب وتوجد فيه الحلاوة، ويظهر السواد في أسوده والبياض في أبيضه. وكذلك بدو الصلاح في العنب الأسود أن ينحو إلى السواد، وفي الأبيض أن ينجو إلى البياض مع النضج. والهاء في (**صَلاحُهَا**) للثمرة.

وفِي الْبُقُولِ وشِبْهِهَا بِإِطْعَامِهَا

أي: وبدو الصلاح في البقول بإطعامها؛ أن ينتفع بها في الحال.

الباجي: وأما الجزر واللفت والثوم والبصل فبدو صلاحه إذا استرق ورقه وتم وانتفع بها، ولم يكن في قلعه فساد. وقصب السكر إذا طاب سكره. والبر والفول والجلبان والحمص إذا يبس ذلك. قال: وعلى هذا عندي حكم اللوز والجوز والفستق.

وأما الورد والياسمين فبأن تنفتح أكمامه ويظهر نوره. والقصيل والقضب والقرط إذا بلغ أن يرعى دون فساد. وفي الزيتون أن ينحو إلى السواد. وفي القِثَّاء والفقوس أن ينعقد ويوجد له طعم. واختلف في البطيخ؛ فقال ابن حبيب: صلاحه إذا نحا ناحية الاصفرار؛ لأنه الغرض المقصود منه. وقال أشهب: أن يكون فقوساً، وأما الاصفرار فلا. أصبغ: فقوساً [٤٩١/ أ] قد تهيأ للتبطخ، وأما الصغير فلا.

فرع:

فإن بيع الفول والحنطة أو العدس أو الحمص بعد أن أفرك وقبل يبسه، ولم يُشترط قطعه ولا إبقاؤه، فقال ابن عبد الحكم: يفسخ كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها. وقال ابن القاسم: يفوت باليبس ويمضي. وفي المدونة: أكرهه، فإذا وقع فات فالأولى أن يفسخ. الشيخ أبو محمد: معناه يفوت بالقبض. وفي الموازية: إن نزل لم أفسخه. وظاهره أنه يمضي بمجرد العقد.

وَمَا يُخْلِفُ كَالْيَاسَمِينِ فَلِلْمُشْتَرِي

لا إشكال أن ما لا يخلف إذا بيع يتناول جميعه، ولهذا لم يتعرض المصنف له.

وأما ما يخلف فإن تميزت بطونه فلا تدخل الخلفة إلا بشرط.

ابن حبيب: ولا يجوز اشتراطها إلا في الأرض المأمونة؛ أرض النيل وشبهه، وأما المطر فلا يجوز اشتراط خلفتها؛ إذ قد لا تمطر فلا يكون له خلفة. وإن لم يتميز بطونها كالياسمين والخس والبطيخ والمقاتي، وله آخر، فأجاز مالك بيعه للمشتري في جميع تلك الغلة إلى آخرها.

قال في المدونة: ولا يجوز اشتراء ما تطعم المقاثي شهراً؛ لاختلاف الحمل فيه في قلة الحر وكثرته.

فَإِنِ اسْتَمَرَّ كَالْمَوْزِ فَلا بُدَّ مِنَ الأَجَلِ

أي: إن كان ما يخلف ليس له إبان ينتهي إليه – كالموز – فلا يجوز بيعه إلا بضرب الأجل، وهو غاية ما يمكن. قال مالك: ويجوز اشتراط خلفته السنتين، وقال ابن نافع: لا يجوز إلا السنة ونحوها.

تنبيه:

وقع في نسخة ابن راشد هنا زيادة مسألة نصها: ولو كانت الأشجار تطعم بطنين ففي بيع البطن الثاني ببدو صلاح الأول قولان، مشهورهما المنع بناء على أن البطن الثاني تبع للأول فيجوز بيعه بصلاح الأول، أو مستقل فلا يجوز. وكذلك قال الباجي: المنع ظاهر المذهب.

العَرَايَا: وبَيْعُ الْعَرَايَا مُسْتَثْنَى مِنَ الرِّبَا، والْمُزَابَنَةِ، وبَيْعِ الطَّعَامِ نَسِيئَةً

(**العَرَايَا**) جمع عرية كعطية وعطايا، وسميت بذلك؛ لأن نخيلها معراة عن المساومة عند البيع، وفعله رباعي أشار إليه صاحب العين، وقيل: لأن الثمرة معراة عن السوم عند البيع، وقيل: هي اسم للثمرة المطلوبة من عروت الرجل أعروه؛ أي: طلبته، فهي فعيلة بمعنى مفعولة، وإنما دخلت فيها الهاء لأنها أفردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والأكيلة، وقيل: سميت بذلك لأن الذي عريها يختلف إليها ويحل بأهلها لاجتناء ثمرتها، وهو قريب مما قبله، وقيل: سميت بذلك لتخلي مالكها عنها من بين ماله كأنها عرية من جملة النخل، فهي على هذا بمعنى فاعلة، وقيل: هي عرية من تحريم المزابنة، وخلت من ذلك، ويرد على هذا تسميتها قبل ورود الشرع المحلل والمحرم، وفي الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام **نهى عن بيع التمر بالتمر، وقال: «ذلك الربا والمزابنة»**، إلا أنه أرخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذهما أهل البيت بخرصهما تمراً ليأكلوها رطباً.

وذكر المصنف أنها مستثناة من الربا -أي: ربا التفاضل وربا النساء- ومن المزابنة؛ لأنه بيع معلوم بمجهول من جنسه، وهي أيضاً مستثناة من رجوع الإنسان في هبته.

وهِيَ ثَمَرَةُ نَخْلٍ أَوْ شَجَرٍ مِمَّا يَيْبَسُ ويُدَّخَرُ كَالتِّينِ والزَّيْتُونِ واللَّوْزِ يَهَبُهُ مِنْ حَائِطِهِ ....

هذا تعريف العرية المرخص في جواز بيعها بخرصها، وإلا فالعرية حيث هي جائزة في كل شيء.

فَيَجُوزُ شِرَاءُ الْمُعْرِي أَوْ مَنْ يَتَنَزَّلُ مَنْزِلَتَهُ بِبَيْعٍ أَوْ مِيرَاثٍ أَوْ هِبَةٍ مِنَ الْمُعْرَى أَوْ مَنْ يَتَنَزَّلُ مَنْزِلَتَهُ بَعْدَ صَلاحِهَا بِخَرْصِهَا مِنْ نَوْعِهَا يَدْفَعُهُ عِنْدَ الْجُذَاذ لا قَبْلَهُ فِي ذِمَّتِهِ لا فِي مُعَيَّنٍ، فَقِيلَ: لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وقِيلَ: بِقَصْدِ الْمَعْرُوفِ، وعَلَّلَ مَالِكٌ وابْنُ الْقَاسِمِ بِهِمَا، فَعَلَى الأَوَّلِ لا يَشْتَرِي بَعْضَهَا ولا جَمِيعَهَا إِنْ كَانَتْ كُلَّ الْحَائِطِ، وَلاَ مِنْ شَرِيكٍ حِصَّتِه. وشَرْطُهُ: خَمْسَةُ أَوْسُقٍ فَأَدْنَى، وقِيلَ: أَدْنَى

اعلم أنه لا يجوز شراء العرية بخرصها إلا بشروط:

الأول: وهو متفق عليه، أن يكون مشتريها هو معريها أو من يتنزل منزلته؛ إما ببيع أو هبة أو ميراث من المعرى، أو من يتنزل منزلته.

الثاني: وهو متفق عليه أيضاً، أن يبدو صلاحها للنهي عن بيع الثمرة قبل ذلك قصراً للرخصة على محلها.

الثالث: عياض: وهو متفق عليه أيضاً، أن يشتريها بخرصها بكسر الخاء؛ أي: بكيلها، وأما بفتحها فهو اسم للفعل؛ لما في الصحيح: **أنه عليه الصلاة والسلام أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق**. فشك الراوي في ذلك، وفيه نظر، فإنه روي عن مالك جواز شرائها بغير خرصها.

الرابع: وهو متفق عليه أن يشتريها بنوعها، إن صيحانيّاً فصيحاني وإن عجوة فعجوة، وأجاز القابسي أن يتراضيا عند الأجل على ثمر من غير صنفها، وشبهه بالقرض بجامع المعروف، وألزم على شبهه أن يجوز بيعه قبل القبض كما في المشبه به، وأجيب بأن جواز البدل بغير الصنف لا يلزم منه جواز بيعه قبل قبضه كالسلم، ورد بأن الإلزام للتشبيه بالقرض لا على وجه البدل، وأجراها ابن يونس في البدل مجرى السلم، وبالجملة فقد اختلف الأشياخ في إجراء العرية مجرى البيع أو القرض.

الخامس: يشترط أن يكون العوض مؤخراً إلى الجذاذ، ولا يجوز بشرط التعجيل، وحكى عياض الاتفاق عليه، وحكى ابن يونس عن مالك أنه لا يجوز شراء العرية بخرصها وإن [٤٩١/ ب] جذها مكانه.

أصبغ: ويفسخ إن نزل حتى يبقى فيها ما يحل بيعه، فإن فاتت رطبا رد مثلها إن وجد وإلا قيمتها، قال أصبغ: وإن اشترى ما أعرى من رطب الفواكه التي لا تيبس، وقد أزهت بخرصها يدفعه من غيرها نقداً أو إلى تناهيها لم يصح ذلك، فإن لم يفت ذلك رد وإن فات أنفذ ولم يرد، وكذلك في كل عرية ما كانت يدخلها رخصة العرية ورفقها. قال: ولو أجيزت للرب من غير كراهة هي لم تكن لأجنبي، ولو أجيز هذا ابتداء لم يكن خطأ؛ لأن النقد أبلغ في المعروف.

وفي بعض النسخ: (**يوفيه في يده**). ولا حاجة إلى هذه الزيادة، قال في الواضحة: وإن تطوع له بتعجيل خرصها قبل الجذاذ من غير شرط جاز له، وهل يجبر الموهوب على جذها؟ أشار ابن يونس إلى أنه يتخرج على القولين في أنها هل هي كالقرض أو كالبيع؟

السادس: أن يكون العوض في ذمة المعري لا في حائط معين اتباعاً للرخصة، فإن وقع التعيين، فقال المازري: الأظهر على المذهب الفسخ لكونه بيعاً فاسداً. وفي المبسوط يبطل شرط التعيين ويكون في الذمة.

السابع: أن يشتري جملة العرية لا بعضها، ولما أراد المصنف الكلام على هذا الشرط قدم قبل ذلك ما هو مرتب عليه، فقال: (**فَقِيلَ: لِدَفْعِ الضَّرَرِ...إلخ**) يعني أنه اختلف في علة الجواز بالشروط المتقدمة على ثلاثة أقوال:

أحدها لابن الماجشون: أنها دفع الضرر عن المعري بسبب دخول المعرى عليه في حائطه واطلاعه على أهله وشبه ذلك.

الثاني: أنها قصد المعروف.

الثالث: لمالك وابن القاسم التعليل بهما؛ أي: على طريق البدل لا على الجمع، ثم فرع على هذه فقال: (**فَعَلَى الأَوَّلِ...إلخ**). وتصوره واضح.

ومعنى قوله: (**وَلاَ مِنْ شَرِيكٍ حِصَّتِه**) أنه لو أعرى جماعة رجلاً بعض حائطهم فلا يجوز لأحدهم على التعليل بالضرر شراء حصته لبقاء الضرر بسبب دخول المعرى لما بقي له.

الثامن: أن يكون خمسة أوسق فأقل، وهو المشهور، وروى أبو الفرج عن مالك: لا تجوز في أقل من خمسة أوسق وهو أظهر؛ لأنه المحقق، والخامس مشكوك فيه، ولما في أبي داود قال: وحديث جابر إلى أربعة أوسق.

التاسع: أن يكون مما ييبس، وهو مأخوذ من كلام المصنف أولاً، وليس ذلك خاصّاً بالتمر والعنب على المشهور، وكلام المصنف يدل عليه تشبيهه باللوز، ولمالك في الموَّازيَّة: لا يشتري بخرصه إلا التمر والعنب، ثم رجع إلى ما في المدونة.

العاشر: أن يكون بلفظ العرية على المشهور، ولو أعطاه بلفظ الهبة والمنحة لم يجز له الشراء اتباعاً للفظ الحديث، خلافاً لابن حبيب وغيره، وهذا لا يؤخذ من كلام المصنف، إلا أن يقال: قوله: (**الْمُعْرِي**) يدل على أن هذا لا يجوز إلا للمعري.

وَلَوْ أَعْرَاهُ عَرَايَا مِنْ حَوَائِطَ فَفِي شِرَاءِ أَكْثَرَ مِنْ عَرِيَّته ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَتْ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ مُنِعَ ....

يعني: فإن اتحد المعري والمعرى لكنه أعراه عرايا في حوائط متعددة في مرة أو أكثر في كل خمسة أوسق فأقل، ثم أراد شراء عشرة أوسق مثلاً من حائطين فقال ابن القاسم: يجوز في الوجهين؛ أعني: سواء كان في مرة أو مرات. وقال يحيى بن عمر وابن أبي زيد

وغيرهما: لا يجوز فيهما بناء على أن العقد هل يتعدد بتعدد المعقود عليه أم لا؟ وتأول المدونة على نحو قوله، وفرق ابن الكاتب فمنع في الأول وأجاز في الثاني، ورجحه ابن يونس لقول مالك فيمن اشترى حوائط فأصابتها جائحة أنها إن كانت في صفقة واحدة اعتبر ثلث الجميع، وإن كانت في صفقات اعتبر ثلث كل واحد.

وَبَيْعُهَا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرْعِ لِلْمُعْرِي وغَيْرِه قَلِيلَةً أَوْ كَثِيرَةً جَائِزٌ

أي: أن ما تقدم من الشروط إنما هو في بيعها بخرصها، وأما بيعها بغير خرصها فهو جائز على مقتضى البيوع لرب الحائط وغيره، فيجوز شراؤها بالدنانير والدراهم وبطعام يخالفها إذا حصلت المناجزة في الطعام، وهكذا قال في المدونة وغيرها، وفي الإكمال: المشهور من قول مالك قصر جواز بيعها من ربها بخرصها تمراً إلى الجذاذ، وذلك بعد صلاح العرية، وروي عنه لا يجوز بخرصها ويجوز بغيره، وعنه أنه يجوز بخرصها وبغيره وبالعروض وبالطعام، ويريد على الجذاذ، وروي عنه أنه لا يجوز شراؤها إلا بخرصها ولا يجوز بغير ذلك من دنانير أو دراهم أو غير ذلك؛ لأنه من باب العود في الهبة وبالخرص رخصة لا تتعدى، قال: واختلاف قوله في ذلك على اختلاف أهل الأصول في تقديم خبر الواحد على القياس، أو تقديمه عليه، وعلى أن الرخص لا تتعدى بها مواضعها، ثم قال: وأما مشهور قوله فإنه لا يجوز إلا بخرصها عند الجذاذ، فلم ير تعدي الرخصة عن وجهها، وهو أظهر. انتهى. فانظره مع ما في المدونة.

وتَبْطُلُ الْعَرِيَّةُ بِمَوْتِ الْمُعْرِي قَبْلَ حَوْزِهَا

لأنها عطية كسائر العطايا، ولا خلاف فيه في المذهب.

وحَوْزُهَا أَنْ تَكُونَ فِيهَا ثَمَرَةٌ وأَنْ يَقْبِضَهَا، وقَالَ أَشْهَبُ: بِالإِبَارِ أَوْ تَسْلِيمِ الرَّقَبَةِ، والزَّكَاةُ عَلَى الْمُعْرِي كَالسَّقْيِ بِخِلافِ الْوَاهِبِ، وقَالَ أَشْهَبُ: عَلَى الْمُعْرَى كَالْهِبَةِ إلا أَنْ يُعْرِيَهُ بَعْدَ الزَّهْوِ، وعَلَى الأَوَّلِ: إِذَا كَانَتِ الْعَرِيَّةُ كُلَّ الْحَائِطِ أُخْرِجَ مِنْه، وعَلَى الثَّانِي مِنْ غَيْرِهِ، وَلَوْ كَانَتْ دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ كَمِلَتْ ....

لما كان الحوز شرطاً في تمامها فسره وذكر فيه قولين:

الأول لابن حبيب قال: وحيازة العرية بوجهين: قبض الأصول [٤٩٢/أ] وأن يطلع فيه ثمر قبل موت المعري، وإن قبضها ولم يطلع فيها ثمر حتى مات المعري بطلت، وإن طلع الثمر ولم يقبض الشجر حتى مات المعري بطلت، قاله مالك، وهو مذهب المدونة عند ابن العطار، وفضلٌ، وجماعة، ثم اختلف هؤلاء في وجه موافقتهما لقول ابن حبيب، فقال ابن العطار: العرية والهبة والصدقة سواءٌ لا يتم حوزها إلا بأمرين، وقال ابن زرقون: إنما يوافقه في العرية لا في الصدقة والهبة، وذهب بعضهم إلى أن مذهب المدونة والاكتفاء بحوز الأصل وحده، وإليه ذهب أبو عمران وابن مالك.

والقول الثاني لأشهب الاكتفاء بأحد الأمرين إما ظهور الثمرة بالإبار، وإما بحصول رقاب الثمرة بيد المعْرَى دون رب الحائط، وهذا القول هو الصواب عند ابن يونس، وإن كان لم يصرح بتأويل المدونة على أحد التأويلين المتقدمين.

واستدل لهما في كتاب الهبات لابن القاسم إذا وهب ما تلد أمته أو ثمرة نخله عشرين سنة جاز ذلك إذا حاز الأصل والأمة أو حاز ذلك له أجنبي، فهذا يدل على خلاف ما قاله ابن حبيب؛ لأن ثمرة عشرين سنة لم تأت بعد.

(والزَّكَاةُ عَلَى الْمُعْرِي كَالسَّقْيِ بِخِلافِ الْوَاهِبِ، وقَالَ أَشْهَبُ: عَلَى الْمُعْرَى كَالْهِبَةِ إلا أَنْ يُعْرِيَهُ بَعْدَ الزَّهْوِ... إلخ) يعني أن العرية والهبة إما أن يكونا بعد الزهو أو

قبله، فإن كانتا بعد الزهو فعلى المعري والواهب، وإليه أشار بقوله: (**إِلا أَنْ يُعْرِيَهُ بَعْدَ الزَّهْوِ**)، وإن كان قبل الزهو ففي المسألة أربعة أقوال.

ووقع في نسخة ابن راشد ما نصه: (**وفي كون الزكاة على المعطي أو المعطى ثالثها لابن القاسم: في العرية على المعري وفي الهبة على الموهوب له، ورابعها لسحنون: على من كانت الأصول بيده**) ومنشأ الخلاف: هل العرية والهبة يقتضيان عرفاً التزام الزكاة أم لا؟ ولفظ العرية يشعر بذلك بخلاف الهبة، وذكر ابن المواز أنهم لم يختلفوا في السقي أنه على رب الحائط، وعلى الأول؛ أي أنها على المعري لو كانت جميع الحائط للزم رب الحائط أن يخرج من غيرها ويأخذها كلها المعرى، وإن كان دون خمسة أوسق كملت؛ أي: ضمها رب الحائط إلى ما بيده، انظر لو أعسر المعري فهل تؤخذ من المعرى ولها نظائر.

الْجَوَائِحُ: وَالثِّمَارُ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ فِي الْجَوَائِحِ

لما في مسلم من حديث جابر: **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح**. وفيه أيضاً قال: «**لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق**». والحديثان وإن كان ظاهرهما إسقاط الجائحة مطلقاً، لكن من المعلوم أن المشتري دخل على أنه لا بد أن يرمي الهواء بعضه وتأكل الطير منه ونحو ذلك، فقد دخل على اليسير، واليسير المحقق ما دون الثلث، والثلث وإن كان في كثير من أبواب الفقه يسيراً فقد جعل هنا كثيراً؛ ولأنه روي من حديث أبي طلحة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**إذا أصيب ثلث الثمرة فقد وجب على البائع الوضيعة**».

وعن ربيعة عنه صلى الله عليه وسلم: «**أنه أمر بوضع الجوائح إذا بلغت ثلث الثمرة فصاعداً**». لكن فيهما ضعف. والجوائح جمع جائحة؛ وهي المصيبة المهلكة.

وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِذَا كَانَ بَقَاؤُهَا لِيَنْتَهِيَ طِيبُهَا، فَلَوِ انْتَهَتْ كَالْعِنَبِ يَطِيبُ والْبُقُولُ والْقَصِيلُ فَلا جَائِحَةَ كَالثَّمرِ عَلَى النَّخْلِ، وقَالَ سُحْنُونٌ: فِيهِ الْجَائِحَةُ ....

قسم المصنف المسألة على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون الثمرة محتاجة إلى إبقائها في أصولها ليكمل طيبها، ولا خلاف في ثبوت الجائحة فيه، قاله ابن شاس، ونسبة الجائحة لابن القاسم وحده ليست بجيدة.

الثاني: أن ينتهي طيبها، ولكن يحتاج إلى التأخير لبقاء رطوبة كالعنب المشترى بعد بدو صلاحه. وحكى المصنف فيه قولين.

الباجي: ومقتضى رواية أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يراعى البقاء لحفظ النضارة، وإنما يراعى كمال الصلاح، قال: ويجب أن يُجرى هذا المجرى كل من كان هذا حكمه كالقصيل والقصب والبقول والقَرَظ، فلا توضع جائحة في شيء من ذلك، قال: ومقتضى رواية سحنون أن توضع الجائحة من جميعه.

الثالث: ما لا يحتاج إلى بقائه في أصله لتمام صلاحه ولنضارته كالثمر اليابس والزرع، فلا جائحة فيه.

وإليه أشار بقوله: كالتمر على النخل؛ إذ الكاف هنا للقياس والاستدلال. وأما الأولى فهي في كلامه للتمثيل، وما حكاه عن سحنون حكاه غيره، وحكى ابن يونس عن سحنون: إذا تناهى العنب المشترى وحان قطافه حتى لا يكون تأخيره إلا لسوق يرجوها أو لشغل يعرض له فلا جائحة فيه.

ابن عبد السلام: وهذا مخالف لما حكاه المؤلف وغيره عنه، وأشار بعض الأندلسيين إلى إجراء هذين القولين فيما بيع قبل بدو صلاحه أو بعده على أن يجده مشتريه، وهو ظاهر. انتهى.

وفي حمل كلام سحنون على الخلاف بحيث لا يخفى، ونص في المدونة على أنه لو اشترى ثمرة على الجذاذ فيها الجائحة إذا بلغت الثلث، كالثمار لا كالبقول، وسأل ابن عبد الحكم سحنوناً فقال: لم جعل فيها الجائحة ولا سقي على البائع؟ فقال: لأن معناه أن المشتري يأخذ ذلك شيئاً بعد شيء على قدر الجائحة، ولو دعاه البائع أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك، بل يمهل في ذلك، وهو وجه الشأن.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُفْرَداً عَنْ أَصْلِهِ فِي بَيْعٍ مَحْضٍ بِخِلافِ الْمَهْرِ، وقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: فِيهِ الْجَائِحَةُ ....

[٤٩٢/ ب] أي: يشترط في وضع الجائحة شرطان:

الأول: أن يكون البيع على الثمرة بانفرادها، وأما إن اشتراها على أصولها فلا جائحة فيها، اشتريت قبل بدو الصلاح أو بعده؛ أما المشتراة قبل فبالاتفاق، وأما المشتراة بعد فهو المشهور، وقال أصبغ: أما ما عظم خطره من الثمرة ففيه الجائحة، ويقبض الثمن على الثمرة وعلى الأصل؛ لأن المشتري زاد لها في الثمن، واحتج في المدونة للأول بأنه تبع وإن أوجبه الاشتراط فكان كمن ابتاع عبداً ثم استثنى ماله فهلك ماله ثم رد العبد بعيب أو استحق فإنه يرجع بجميع الثمن، ولا يحط بمال العبد منه شيء. وظاهر كلامه أنه لو اشترى الثمرة مفردة عن أصلها أن فيها الجائحة، وإن اشتراها مع غيرها ولو كانت تبعاً كمكتري دار فيها ثمر دون الثلث فقد نص في المدونة على أنها لا جائحة فيها لكونها تبعاً للكراء، واختلف إذا كانت قد أزهت؛ فقيل: فيها الجائحة؛ لقوله في المدونة "ولم يطب"، وعلى هذا اختصر ابن يونس المدونة، وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنه قال: ومن اكترى أرضاً فيها سواد قدر الثلث فأدنى فاشترطه جاز ذلك ولا جائحة في ثمره فأطلق، وكلام اللخمي يأتي على الأول؛ لأنه قال: وإن اكترى داراً فيها ثمرة فاشترطها فإن كانت لم تطب وهي الثلث فأقل فلا جائحة فيها إن سقطت، وإن طابت فأكلها ثم انهدمت الدار

غرم ما ينوبها، وإن كانت الثمرة قد طابت فاستثناها وهي الثلث فأكثر كانت فيها الجائحة، وإن أصيب ثلثها رجع بما ينوبه، واختلف إذا كان جميع الثمرة أقل من الثلث فأصيب جميعها أو الثلث فأكثر، فقيل: فيها الجائحة كالأولى، وقيل: لا جائحة فيها؛ لأنها تبع، والأول أحسن؛ لأنها مشتراة وليست ملغاة.

ابن يونس: جعل في الدار التبع دون الثلث وهو لمالك، وجعل في الأرض التبع الثلث، وهو لابن القاسم، وهو أصل اختلف فيه قول مالك في كراء الأرض، قال بعد ذلك: وأخذ ابن القاسم بالقول أنه الثلث فأدنى، وأخذ ابن حبيب وابن المواز بها دون الثلث.

الشرط الثاني: أن تكون الثمرة المفردة في بيع محض فلا ترجع الزوجة على زوجها إذا أصدقها ثمرة وأجيحت؛ لأنه مبني على المكارمة، واختار ابن يونس وغيره قول ابن الماجشون لأنا نمنع بيع المهر إذا كان طعاماً قبل قبضه أو رد بعيب إلى غير ذلك من أحكام البيوع. ويؤيده قول ابن القاسم بإيجاب الجائحة في العرية مع أنها ليست بيعاً محضًا.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْجَائِحَةُ: مَا لا يُسْتَطَاعُ دَفْعُهُ لَوْ عُلِمَ بِهِ، فَالسَّرِقَةُ لَيْسَتْ بِجَائِحَةٍ، وفِيهَا: لَوْ أَنَّ سَارِقاً سَرَقَهَا فَجَائِحَةٌ. ابْنُ الْمَاجِشُونِ: الْجَائِحَةُ: الآفَةُ السَّمَاوِيَّةُ دُونَ صُنْعِ الآدَمِيِّ. وفِيهَا: الْجَيْشُ جَائِحَةٌ ....

ما لا يستطاع دفعه عادة ليدخل فيه الجيش؛ إذ لا يستطاع دفعه بخلاف السارق؛ لأنه لو علم به لدفع، فإنه إنما يأخذه على وجه الخفية، فالعلم مانع له من السرقة.

وتبع المصنف الباجي في نسبة هذا القول لابن القاسم، قال: هو في الموَّازيَّة. ونقل ابن أبي زيد أن السارق جائحة، واستشكل بأن السارق لو كان جائحة لكان حفظ الثمرة على بائعها كما يكون عليه سقيها. وعلى القول الأول في كلام المصنف الأكثر، وأشار ابن عبد السلام إلى أنه المشهور. وعلى أن السارق جائحة فالجيش أولى؛ ولذلك كان الأحسن

بطريقة المصنف في الاختصار أن يقول: وفيها الجيش جائحة. وعلى قول ابن الماجشون لا يكون جائحة. قال الشيخان وغير واحد: وإنما يكون السارق عند ابن القاسم جائحة إذا لم يعرف، وأما إن عرف فيتبعه المشتري ملياً أو معدماً.

فرع:

فلو لم تهلك الثمرة بل تعيبت كالغبار يعيبها والريح يسقطها قبل أن يتناهى طيبها فينقص قيمتها، ففي البيان: المشهور أن ذلك جائحة ينظر إلى ما نقص هل الثلث أم لا؟ وقال ابن شعبان: وهو أحد قولي ابن الماجشون. والقول الثاني: ليس ذلك جائحة، وإنما هو عيب، والمبتاع بالخيار بين أن يتماسك أو يرد.

فَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْعَطَشِ وُضِعَتْ كُلُّهَا

هذا لأن السقي على البائع، فأشبهت ما فيه حق توفية، وكذلك لو كانت بعلا، قال في المدونة: لأنه باعها على حياتها من الماء.

وظاهر قوله: (**وُضِعَتْ كُلُّهَا**) ولو كان ما نقص لا خطب له، وهو ظاهر المدونة في كتاب الجوائح؛ لأنه قال: يوضع عنه قليل ما هلك بسببه وكثيره، ولكن لابن القاسم في كتاب الشفعة ما يوهم خلاف ذلك؛ لأنه قال: ولا بأس بشراء شرب يوم أو يومين أو شهر أو شهرين يسقي به زرعه في أرضه دون شراء أصل العين.

مالك: فإن غار أصل الماء فنفد أو نقص بقدر ثلث الشرب الذي ابتاع وضع عنه كجوائح الثمار.

ابن القاسم: وأنا أرى أنه مثل ما أصاب الثمرة من قبل السماء فوضع عنه إن نقص شربه ما عليه فيه ضرر بيِّن، وإن كان أقل من الثلث إلا ما قل مما لا خطب له فلا يوضع لذلك شيء.

فانظر قوله: "إلا ما قل مما لا خطب له" هل مقصور على المشبه وحده أو عليه وعلى المشبه به؟ انتهى كلام ابن عبد السلام.

وجعل ابن راشد هذا فرعاً آخر، وذلك أنه لما ذكر جائحة العطش وأنه توضع مطلقاً قال: تنبيه: ومن اشترى شِرْباً معلوماً، ففي المدونة: لا بأس، ثم ذكر الكلام السابق.

وَمِنْ غَيْرِهِ وُضِعَ الثُّلُثُ فَمَا فَوْقَهُ

أي: من غير العطش، وتصوره واضح، ثم إن وافقه المشتري على أن التالف الثلث فلا إشكال، وإلا فلا بد من [٤٩٣/ أ] إثبات ذلك بأن يحضر عدلان في وقت الشراء بحضرة المتبايعين، ثم ينظران بعد الجائحة، ويشهدان أن ما تلف الثلث فأكثر.

وَفِي الْبُقُولِ ثَالِثُهَا كَالثِّمَارِ

هي روايات، والمشهور أنها توضع جائحة البقول وإن قلت؛ لأن إتلافها من العطش. وروى علي بن زياد وابن أشرس عن مالك أن جائحتها لا توضع حتى تبلغ الثلث، وفي الجلاب: لا جائحة فيها قلت أو كثرت.

واختلف في الأصول المغيبة؛ مثل الجزر واللفت والبصل والإسفنارية، هل هي كالبقول أم لا؟ ومذهب المدونة أنها كالبقول، وألحق ابن القاسم وابن المواز وابن حبيب الموزَ والمقاتي بالثمار، وألحق أشهب المقاتي بالبقول، فيوضع القليل والكثير.

اللخمي: ولا خلاف أن الجوائح توضع في المقاتي.

ابن راشد: وروي عن مالك أن جائحة الموز توضع مطلقاً، وألحقوا الزعفران والريحان والقَرَط والقضب بالبقول، وفي قصب السكر ثلاثة أقوال كالبقول، ومذهب المدونة فيه عدم القيام بالجائحة، وعلله فيها بأنه إنما يباع بعد أن يطيب، واختلف في ورق التوت، فقال ابن حبيب: هو كالثمار. وقال ابن القاسم في العتبية: هو كالبقول. وهذا إذا كانت الآفة فيه، وأما إذا كانت الآفة من غيره كما لو مات دود الحرير، فقال ابن القاسم: الأشبه أنه جائحة. وشبهه بمن اكترى حمَّاماً أو فندقاً فجلا ذلك البلد ولم يجد من يسكنه، فقال المتقدمون: له أن ينحل عن الكراء.

ابن يونس: وكذلك عندي من اشترى ثمرة في بلد ثم انجلى أهله لفتنة أو نحوها، فإن مصيبة ذلك من البائع؛ لأن المشتري إنما اشتراه لمن يبيعه منه.

وَيُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْمَكِيلَةِ لا ثُلُثُ الْقِيمَةِ مُطْلَقاً عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، فَيُحَطُّ مِنَ الثَّمَنِ قَدْرُ قِيمَتِهِ مِنْ قِيمَةِ بَاقِيهِ كَانَتْ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ أَوْ أَكْثَرَ. وقَالَ أَشْهَبُ: الْمُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْقِيمَةِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُحْبَسُ أَوَّلُهُ عَلَى آخِرِهِ كَالْعِنَبِ والرُّطَبِ فَالْمَكِيلَةُ بِاتِّفَاقٍ ....

لما كانت الجائحة إنما توضع بشرط أن تبلغ الثلث بيَّنه وقسمه قسمين: قسم لا يحبس أوله على آخره، وقسم يحبس أوله على آخره. وذكر في الأول قولين: الأول لابن القاسم: المعتبر ثلث المكيلة لا ثلث القيمة؛ لأن الجائحة في الثمرة إنما هي في نقص الثمرة لا في نقص ثمنها؛ لأن الثمرة لو مرضت من غير جائحة لم يكن للمشتري قيام، فلو كان ثلث المكيلة يساوي عشر الثمن وضع، ولو كان دون ثلث المكيلة - وهو يساوي تسعة أعشار الثمن - لم يوضع، كما قال في المدونة فيمن اشترى مقتاتاً بمائة درهم فأجيح منها بطن ثم جنى بطنين فانتقصت، فإن كان المجاح قدر ثلث النبات قوم في زمانه، فإن قيل: قيمته ثلاثون لغلاء أوله، والبطن الثاني عشرون، والثالث عشرة لرخص آخره رجع بنصف الثمن.

إلا أنهم اختلفوا في وقت تقويمه على قول ابن القاسم؛ فقال سحنون وابن أبي زمنين: يقوم يوم البيع بقدر قيمة كل بطن في زمانه لا يوم نزول الجائحة. وقال آخرون: يقوم التالف يوم الجائحة. ثم اختلف هؤلاء: هل يتعجل التقويم فيما بقي من البطون الآن على ما جرى من عرف عادتها، أم يُستأنى حتى يجني جميع بطونها، فتقوم على يقين لا على تخمين، واختاره صاحب النكت؟

وقوله: (**مُطْلَقاً**) يحتمل كان يطعم بطناً أو بطوناً كالمقاتي والورد والياسمين، ويحتمل بلغ ثلث القيمة أم لا، والقول الثاني لأشهب: أن المعتبر ثلث القيمة، وإن كان

عشر المكيلة. ثم ذكر القسم الثاني أن المعتبر فيه المكيلة؛ لأنه إذا كان يحبس أول الثمرة على آخرها فأجزاؤها متشابهة، فلا وجه لاعتبار القيمة.

وحكى جماعة أيضاً هذا الاتفاق، لكنه مقيد بأن يكون صنفاً واحداً، ولو كان أصنافاً كالبرني والصيحاني لجرى على الخلاف.

فَإِنْ كَانَتْ أَجْنَاساً فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، فَقِيلَ: يُعْتَبَرُ كُلُّ جِنْسٍ عَلَى حِدَةٍ، وقِيلَ: يُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْجَمِيعِ. وقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُعْتَبَرُ نِصَابُ الْجِنْسِ بِالْمَكِيلَةِ ويُنْسَبُ إِلَى الْجَمِيعِ بِالْقِيمَةِ، فَإِنْ فُقِدَ أَحَدُهُمَا فَلا جَائِحَةَ ...

يعني: فإن اشتملت الصفقة على أصناف كتمر وتين وعنب وأجيح جنس منها، فقال مالك في رواية ابن حبيب: يعتبر كل جنس منها على حدته بما ينوبه من الثمن بناء على أن العقد يتعدد بتعدد المعقود عليه، فكأنه عقد على كل جنس عقداً مفرداً.

والقول الثاني أن المعتبر ثلث الجميع، فإن بلغ ما أجيح ثلث الثمرة وُضع من غير اعتبار بقدر الجائحة من الثمن. هكذا ذكر صاحب البيان هذا القول وعزاه لأشهب، وهو مبني على أن العقد لا يتعدد بتعدد المعقود عليه. وقال ابن القاسم: إن المجاح من الجنس إنما يوضع بشرطين:

أحدهما: أن تكون قيمة ذلك الجنس الثلث بالنسبة إلى قيمة جميع الأجناس.

الثاني: أن يكون أجيح منه ثلث مكيلته، فإن فقد أحدهما فلا يوضع، ونسبه المصنف لابن القاسم كالباجي، ونسبه ابن يونس لابن المواز قال: وهو كقول ابن القاسم فيمن اكترى داراً وفيها ثمر طابت فاشترطها المكتري، وهي أكثر من الثلث فذلك جائز، فإن أصيب منها أقل من ثلث الثمرة أو كانت الثمرة كلها أقل من الثلث فلا جائحة فيها. ومقتضاه أنه لا نص لابن القاسم في عين المسألة، وقد [٤٩٣/ب] ذكر ابن يونس أنه طالع الأمهات في هذه المسألة وعول عليها.

والضمير في ينسب عائد على الجنس لا على المصاب منه، قال في البيان: أما لو اشترى حوائط في صفقة واحدة فحكمها في الجائحة حكم الحائط الواحد إن بلغ المجاح ثلث ثمرة الجميع وضع عن المبتاع ثلث الثمن، كان الذي أجيح بعض حائط أو من كل حائط، هذا إن كان الثمر من صنف واحد متساوياً في الطيب أو قريباً بعضه من بعض، واختلف إذا كان بعضه أفضل أو أطيب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا قيمة في ذلك، وإنما يعتبر ثلث الثمر، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: إن بلغ المجاح ثلث الثمر أو أكثر وضع عن المشتري ما ينوب ذلك من الثمن، وإن أجيح أقل من الثلث لم يوضع عنه شيء وإن كان ذلك من الثمن أكثر من الثلث، وهو قول أصبغ.

والثالث: إن أجيح ما قيمته من ذلك الثلث فصاعداً وضع، وإن كان عشر الثمرة، وإن كان قيمة الذي أجيح أقل من الثلث لم يوضع، وإن كان تسعة أعشار الثمرة، وهو قول أشهب.

وَيَلْزَمُ الْمُشْتَرِيَ مَا بَقِيَ وَإِنْ قَلَّ بِخِلافِ مَا اسْتُحِقَّ مِنَ الطَّعَامِ لِدُخُولِهِ عَلَيْهَا

يعني: إذا بقي بعد الجائحة شيء يلزم المشتري بما ينوبه من الثمن ولو قل، بخلاف ما إذا استحق بعض المبيع على ما تقدم. وفرق المصنف بينهما بأن الجوائح متكررة، والمشتري قد دخل عليها فيلزم ما بقي لدخوله عليها، بخلاف الاستحقاق فإنه لندوره مما لم يدخل عليه.

وَمَنِ اشْتَرَى عَرِيَّتَهُ فَفِيهَا الْجَائِحَةُ، خِلافاً لأَشْهَبَ

هذه أحسن مما في بعض النسخ - عرية بغير إضافة - فإن الخلاف إنما هو إذا اشتراها المعري أو من يتنزل منزلته، فوجه المشهور أنه مشترٍ، ووجه قول أشهب أنه معروف، وأطلق الخلاف وهو مقيد بوجهين:

أولها: أن يكون اشتراها بخرصها؛ إذ لو اشتراها بغيره لكانت كسائر البيوعات.

ثانيها: أن يكون على ثمر نخلة معينة، ذكره الباجي، إذ لو كانت أوسقاً من حائط فلم يبقَ إلا مقدار تلك المكيلة لزم المبتاع أداؤها، بمنزلة من أوصى بثمرة حائطه يعطى إنساناً، ولآخر منه بخمسة أوسق فتلفت الثمرة إلا خمسة أوسق فإن جميعها له دون من أوصى له بسائر الثمرة. قاله في المبسوط.

ومَنِ اسْتَثْنَى مِنَ الثَّمَرَةِ مَكِيلاً مَعْلُوماً فَأُجِيحَتْ بِمَا يُعْتَبَرُ وُضِعَ مِنَ الْمُسْتَثْنَى بِقَدْرِهِ، وروي: لا يُوضَعُ شَيْءٌ ....

قوله: (**مَكِيلاً مَعْلُوماً**) أي: الثلث فأدنى - كما تقدم - مثاله: لو استثنى عشرة أرادب من ثلاثين فأجيح ثلث الثمرة، فلا خلاف أنه يحط عن المشتري مقابل المجاح من الثمن. واختلف: هل يحط ثلث العشرة؟ في ذلك روايتان:

الأولى: أنه يحط. قال في البيان: وهي رواية ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم عن مالك، وبها أخذ ابن القاسم وأصبغ، وهذا على القول بأن المستثنى بمنزلة المشترى؛ لأنه إذا باع حائطاً واستثنى منه عشرة أرادب، فكأنه في التمثيل على هذا القول قد باع جميع الثمرة، وفيها ثلاثون إردباً بعشرة دنانير، وبعشرة أرادب التي استثنى، فإن أجيح من ثمر الحائط نصفه سقط عن المشتري نصف الثمن، وهو نصف العشرة دنانير، ونصف العشرة أرادب المستثناة؛ لأنها من ثمرة الحائط، وكذلك على هذا القياس.

والثانية: رواية ابن وهب: لا يوضع من العشرة أرادب شيء. وقال في البيان: لأن المستثنى مبقى؛ لأنه على هذا القول إنما باع من حائطه ما بقي بعد ما استثنى؛ لأن الذي استثناه أبقاه على ملكه لنفسه ولم يبعه.

وقوله: (**فَأُجِيحَتْ بِمَا يُعْتَبَرُ**) احترز به مما دون الثلث؛ إذ لا يوضع حينئذٍ من المستثنى بقدره، ويأخذ البائع جميع ما استثنى.

فَإِنْ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ مَعَ الأَصْلِ فَلا جَائِحَةَ

هذا ظاهر، وهو مفهوم مما تقدم من قوله: (**ويشترط أن يكون مفرداً عن أصله**)، ولعله أعاده ليرتب عليه ما بعده.

ولَوِ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ بَعْدَ صَلاحِهَا ثُمَّ الأَصْلَ فَفِيهَا الْجَائِحَةُ

أي: لوجوبها بشراء الأصل، ويمكن أن يجرى فيها قول بسقوطها من أحد القولين في أن اللاحقات للعقود تقدر واقعة فيها. أما لو اشتراها أولاً قبل بدو الصلاح على القطع ثم اشترى الأصل فله إبقاؤها ولا جائحة.

ابن يونس: وتحصيل المسألة أنه إن اشترى الأصل والثمرة وهي مزهية فاشتراها بعد الأصل قولان، أو غير مزهية تبعاً أو غير تبع فلا جائحة في الثمرة. وإن اشترها بعضها بعد بعض وهي غير مزهية فكذلك لا جائحة فيها، وإن كانت مزهية فاشتراها بعد الأصل فقولان.

فَإِنِ اشْتَرَى الأَصْلَ ثُمَّ الثَّمَرَةَ بَعْدَ صَلاحِهَا فَقَوْلانِ

هذه عكس التي قبلها، وهي أن يشتري الأصل أولاً ثم الثمرة، فإن اشتراها قبل بدو صلاحها فاختلف في جواز شرائها على قولين، فإذا فرعنا على الجواز فلا جائحة فيها. انتهى.

وعن هذه الصورة احترز المصنف بقوله: (**بعد بدو صلاحها**). وهذه المسألة يتصور فيها إذا استثنى البائع الثمرة قبل زهوها. خليل: وهي تأتي على المشهور أن المستثنى مبقى، وأما على القول بأنه مشترى فلا يجوز للبائع الاستثناء. والقولان اللذان حكاهما المصنف إذا اشتراها بعد بدو صلاحها لابن القاسم، ومذهب المدونة سقوط الجائحة كما لو اشتراها مع الأصل بعد بدو الصلاح. والقول بثبوتها لابن القاسم في الأَسَدِيَّة والمَوَّازِيَّة.

ابن يونس: كأنه يقول: السقي على البائع فحق التوفية باقٍ عليه.

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي جِنْسِ الثَّمَنِ تَحَالَفَا وَتَفَاسَخَا اتِّفَاقاً

يدخل تحت لفظ [٤٩٤/أ] المتبايعين كل متبايعين نقداً أو نسيئة، سلماً أو غيره، والأصل فيه ما رواه مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**أيُّما بيِّعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان**».

وذكر أبو عمر أنه مشهور عند العلماء تلقوه بالقبول، وبنوا عليه كثيراً من الفروع، فقد اشتهر عندهم بالحجاز والعراق شهرة يستغنى بها عن الإسناد، كما اشتهر حديث: «**لا وصية لوارث**». وليس في الحديث ذكر التحالف، إلا أن أهل العلم تأولوه على ذلك.

وحكى المصنف وغيره الاتفاق على التحالف والتفاسخ؛ يعني أنه ليس قول أحدهما أولى من قول الآخر، ولم يقر البائع بإخراج سلعته بما قال المشتري جملة ولا تفصيلاً. وحكى ابن حبيب وغيره عن ابن القاسم في الكراء أن القول قول الساكن إن خرج، فيُخرَّج عليه قول في البيع أن يكون القول قول المشتري إن فات المبيع. وخرج عبد الحميد قولاً بأن يكون القول للبائع مما في المدونة فيمن صبغ الثوب أسود فادعى ربه أنه عقد معه على أن يصبغه أحمر أن القول قول الصباغ مع اختلافهما في الجنس؛ لأن الصباغ يدعي أنه باعه سواداً، ورب الثوب يدعي أنه اشترى معصفراً. وفرق المازري بأن صاحب الثوب لما دفع ثوبه إليه فكأنه ائتمنه عليه، وبأن صاحب الثوب يدعي على الصباغ تعدياً يوجب عليه تعمير ذمته بقيمة الثوب، والأصل عدمه.

وَفِي نَوْعِهِ كَذَلِكَ، وَقِيلَ: كَمِقْدَارِ الثَّمَنِ

أي: وإذا اختلفا في نوع الثمن فقال البائع: بعتك بقمح، ويقول الآخر: بشعير، فالمشهور أنهما يتحالفان ويتفاسخان. قال في الجواهر: قيل: يجري مجرى الاختلاف في قدر الثمن. وهذا هو القول الثاني في كلام المصنف.

اللخمي: وذهب ابن الماجشون إلى أنهما لا يتحالفان، قال: لأنهما اتفقا على جنس واحد، واختلفا في جودته.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يريد المصنف ما لو ادعى أحدهما سمراء والآخر محمولة، فقال ابن حبيب: هو كما لو ادعى أحدهما جيداً والآخر رديئاً، وكما لو اختلفا في القدر. وذهب فضل بن مسلمة أن التحالف والتفاسخ، فحمله بعضهم على أنهما عنده كالجنسين، وبعضهم على أنهما كالجنس الواحد. إلا أنه على القول بالتحالف والتفاسخ مطلقاً. ولو كان السلم والبيع بالنقد بالخيار، فقال أحدهما: إنا عقدنا على ذكران. وقال الآخر: على إناث. فرده المازري للاختلاف في الجنس لتباين الأغراض؛ فإن الإناث تراد للنسل. قال: بخلاف ما لو كان الاختلاف في ذكران البغال أو إناثها، فإن ذلك راجع إلى الاختلاف في الصفة؛ لأن إناث البغال لا تراد للنسل.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ فَأَرْبَعٌ: ابْنُ وَهْبٍ: يَتَحَالَفَانِ وَيَتَفَاسَخَانِ مَا لَمْ يَقْبِضِ الْمُشْتَرِي السِّلْعَةَ فَيُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ لِلْيَدِ. ابْنُ وَهْبٍ أَيْضاً: مَا لَمْ يَبِنْ بِهَا لِلْبَيْنُونَةِ. الْمُدَوَّنَةُ: مَا لَمْ تَفُتْ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي لِلْفَوَاتِ. أَشْهَبُ: مُطْلَقاً، وَإِنْ فَاتَتْ فَالْقِيمَةُ. واخْتَارَهُ الْمَازِرِيُّ ....

أي: فأربع روايات، ولذلك أسقط التاء. وتصور الأولى واضح، و(**الْيَدِ**) يريد بها الحوز. وتبع المصنف في نسبتها لمالك ابن شاس. ابن عبد السلام: وقد حكى ذلك غير واحد، وهو خلاف ما ذكره ابن أبي زيد والباجي وسند عن ابن المواز أن مالكاً لم يختلف قوله قبل التفرق أنهما يتحالفان ويترادان.

وقوله: (**فَيُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ**)، قال في الموازية: إلا أن يدعي ما لا يشبه. وكذلك تصور الثانية ظاهر.

وارتفع ابن وهب إما بفعل مضمر؛ أي: وروى ابن وهب، أو على حذف مضاف على أنه خبر لمبتدأ محذوف؛ أي: الثانية رواية ابن وهب. وما في المدونة هو المشهور، وسيأتي تفسير الفوات. زاد في المدونة: إذا أتى المشتري بما يشبه من الثمن، قال: وفي تضمين الصناع منها: وثبت مالك على هذا. زاد في الواضحة: وما علمت أن أحداً اختلف قوله فيها من أصحابه المدنيين.

ابن عبد السلام: الرواية الرابعة للمازري: وبها كان يفتي شيخنا، وأنا أفتي، وهو معنى قوله: (**واخْتَارَهُ الْمَازِرِيُّ**) لعموم الحديث في قوله: (**يَتَحَالَفَانِ ويَتَفَاسَخَانِ**).

ابن بشير: وحكى بعضهم عن كتاب ابن حبيب قولاً خامساً أن القول قول المشتري ولم يوجد فيه، وتقييده في المدونة الفوات بيد المشتري، مفهومه أنه لو فاتت في يد البائع لم يكن القول قوله. ووقع لابن القصار ما يقتضي أن القول قول المشتري ولم يوجد فيه، فإنه سوى بين فواتها بيد المشتري أو بيد البائع في أن ضمانها منه.

وللقاضي إسماعيل ما يقتضي أنهما يتحالفان. المازري: وخرج الأصحاب ما إذا فاتت بيد البائع على اختلاف قول مالك في المحبوسة في الثمن، فإن قلنا ضمانها من البائع لا يكون القول قول المشتري؛ إذ لا غرامة عليه. وإن قلنا ضمانها من المشتري ترجح قوله كما لو كانت في يده. قال: ويعرض هنا بحث آخر، وهو أن المشتري الذي صار راهناً لا يصدق في مبلغ الدين إذا ادعى أقل من قيمة الرهن، والمرتهن لا يعمر ذمة الراهن بما لم يقر أنه رهن به، وإنما له حبس السلعة، والرهن شاهد على نفسه لا على الذمة على مشهور المذهب، فإن كان المبيع جارية وحدث بها في أيام احتباسها عور - وهو ربع قيمتها - صار هذا الربع قد فات بيد المشتري، فيصدق في [٤٩٤/ ب] مقدار ثمنها كما يصدق في ثمن السلعة جميعها في يده، ويتحالفان في ثلاثة أرباع الجارية التي بقيت منها، ويقع فيها التفاسخ، فيحلف المشتري لينفي عن ذمته ما يطلب البائع منه، ويحلف البائع لئلا يؤخذ

من يده الرهن بما لم يقر به مما هو مصدق في كون الرهن ليس برهن فيما هو أقل منه. وإلى تصديق المشتري في ثمن ما فات والتحالف في ما لم يفت ذهب ابن عبدوس.

ويدل على اعتباره ما رواه ابن ماجه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «**إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع**».

ومفهومه: إن لم تكن قائمة لم يترادَّا فينبغي التحالف.

ويُعْتَبَرُ الأَشْبَهُ عِنْدَ الْفَوَاتِ اتِّفَاقاً، ولا يُعْتَبَرُ وهِيَ قَائِمَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ. وفِي الْفَوَاتِ بِحَوَالَةِ الأَسْوَاقِ قَوْلانِ ....

إذا ادعى أحدهما ما يقرب من الصدق وادعى الآخر ما لا يشبه فإن كانت السلعة فاتت فالقول قول من ادعى الأشبه اتفاقاً؛ لأنه أتى بشاهد العرف على بطلان دعوى صاحبه، فيحلف معه، كما لو قام له شاهد واحد، فإن كانت قائمة فهل يترجح مدعي الأشبه كالفوات ؟ وهو قول مطرف وابن الماجشون، وصوبه الأشياخ أولاً لقيام السلعة، وهو المشهور، والقولان لمالك.

ابن بشير: وهذا ينبغي أن يكون خلافاً في حال، فإن ادعى أحدهما الأشبه، فينبغي ألا يُختلف أن القول قول من ادعى الأشبه، وإن ادعى الآخر ما هو ممكن ويتغابن الناس بمثله، فلا يلتفت إلى الأشبه.

وحيث قلنا: إن القول قول مدعي الأشبه عند الفوات فالفوات يكون بذهاب العين أو بتغيُّر الذات. وهل يكون بحوالة الأسواق وهو مذهب المدونة حتى في المكيل والموزون، أو لا وهو قول أشهب وعبد الملك؟ والأقرب مذهب المدونة؛ لأن سكوت البائع عن طلب الثمن وعن بيان مقداره حتى تتغير سوقها دليل على الكذب.

وَفِي الْبِدَايَةِ ثَالِثُهَا بِالْقُرْعَةِ، وَالْمَشْهُورُ تَقْدِمَةُ الْبَائِعِ

تصور كلامه ظاهر، فوجه المشهور وهو قوله في المدونة: قوله عليه الصلاة والسلام: «**القول ما قال البائع**»؛ لأن الأصل استصحاب ملكه، والمشتري يدعي إخراجه بغير ما رضي به.

والثاني: رواه يحيى عن ابن القاسم في العتبية، ووجه مقابله أن البائع مقر بالبيع ونَقْل الملك للمشتري، ومدعٍ لزيادة والأصل عدمها.

والثالث: **ابن عبد السلام**: للأشياخ ولبعضهم أن الحاكم مخير في تعيين المبدأ منهما.

فإن قلت: فهل قوله في المدونة في تضمين الصناع إذا جهل ورثة البائع والمشتري الثمن فيبدأ بورثة المشتري مخالف للمشهور؟

فالجواب: لا؛ لأن الجهل عندهم يتنزل منزلة الفوات. قال في البيان: ولو اتفق المتبايعان على مقدار الثمن واختلفا في مقدار المثمون لبدِئ بالمشتري؛ لأنه بائع للثمن. ومثله في العتبية، وحكى عن شيوخه خلاف ذلك.

وَفِي كَوْنِهِ أَوْلَى أَوْ وَاجِباً قَوْلانِ

أي: في كون تقدمة البائع على جهة الأولوية أو الوجوب قولان، والأقرب الوجوب؛ لأن الحاكم يحكم بتقدمة البائع ولا يحكم بالمندوبات. وهذان القولان ذكرهما ابن بشير وابن شاس ولم أقف عليهما، ولعلهما أخذا القولين من الخلاف المذكور في تناكلهما.

وَلَوْ تَنَاكَلا فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُفْسَخُ كَمَا إِذَا تَحَالَفَا. وقَالَ ابْنُ حَبِيبٍ: بِمَا قَالَ الْبَائِعُ بِنَاءً عَلَى أَنَّ تَقْدِيمَهُ أَوْلَى أَوْ وَاجِبٌ ....

أي: إذا نكل كل واحد منهما عن اليمين فقال ابن القاسم في المدونة: ينتقض البيع كما ينتقض إذا تحالفا لاستوائهما، وذكره في المدونة عن شريح قاضي علي بن أبي طالب رضي الله عنهما. وقال ابن حبيب: يمضي البيع بما ادَّعاه البائع.

ابن يونس: ووجهه أن البائع أقوى؛ لأنه المبدأ باليمين، والأصل في كل من كان القول قوله فنكل عن اليمين أن يحلف الآخر، ويكون الأمر على ما قال، فإن نكل كان الأمر على ما قاله الأول. انتهى.

وفرق بأن يمين المدعى عليه تُسقط دعوى المدعي، ونكوله عنها يوجب يمين المدعي. وإذا نكل المدعي ترجح قول المدعى عليه، ولا يحتاج إلى يمين؛ لأنه قد نكل عنها أولاً، بخلاف يمين البائع فإنها لا تُسقط دعوى المشتري، بل يبقى مطلوباً باليمين مثلما كان البائع مطلوباً، فلا يلزم من نكوله بعد نكول البائع أن تترجح دعوى البائع عليه. وذكر عبد الوهاب قولاً آخر أن القول إذا تناكلا قول المشتري بناء على أنه مقدم باليمن. وبنى المصنف تبعاً لابن بشير وابن شاس قول ابن القاسم على أن تقديم البائع أولى، وقول ابن حبيب على أنه واجب، وفيه نظر، فإنا نمنع استلزام الوجوب لقبول قول البائع، ونمنع استلزام الأولوية للفسخ.

وَفِي تَحْلِيفِهِ عَلَى دَعْوَاهُ قَوْلانِ

هذا تفريع على قول ابن حبيب؛ أي: إذا قلنا: البيع يمضي بما قاله البائع. فقال أكثر الشيوخ: يقضى للبائع بغير يمين. وهو مقتضى إلحاقه بسائر الدعاوى كما تقدم. وقال الباجي: لا بد من اليمين؛ لأن اليمين الأولى لا يستحق بها ما ادعاه؛ لأن للمبتاع إسقاطها بيمينه، فلما نكل عنها ثم نكل المشتري لم يكن بد من يمين آخرى. قال في البيان: وهو الصواب.

وإِذَا حَلَفَا افْتَقَرَ إِلَى الْفَسْخِ خِلافاً لِسُحْنُونٍ

[٤٩٥/أ] قال في المدونة: وإذا تحالفا ولم يحكم بالفسخ فللمشتري قبولها. وقال سحنون: بل بنفس التحالف ينفسخ العقد كاللعان. وذكر بعضهم ثالثاً: وهو بقاء العقد بينهما إلا أن يفسخاه بتراضيهما.

ابن عبد السلام: ولا ينبغي أن يعد ثالثاً، ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإذا تراضيا فهو كحكم الحاكم أو أشد، وهو ظاهر من كتاب الإجارات. وقيل: إن كان تحالفهما بأمر الحاكم لم يفسخ حتى يفسخه الحاكم، وإن كان بتراضيهما وقع الفسخ بمجرد أيمانهما. وقيل بعكس هذه التفرقة. ورفع عبد الحميد الخلاف بين الأولين، فحمل الأول على أن يمينهما كانت لنفي الريبة عن أنفسهما وصدقهما في دعواهما، والثاني على أن يمينهما كانت لينفسخ البيع بينهما.

وثَمَرَتُهُ أَنْ يَرْضَى أَحَدُهُمَا بِقَوْلِ الآخَرِ

أي: وثمرة الخلاف. وتصوره ظاهر.

وذكر الباجي ثالثاً أن للمبتاع أن يلزم البائع بما قال دون العكس، وحمل المدونة عليه لقوله فيها: إلا أن يشاء المبتاع.

ويَنْفَسِخُ ظَاهِراً وبَاطِناً عَلَى الأَصَحِّ

أي: إذا قلنا بالفسخ بالحكم أو بالتحالف فاختلف: هل ينفسخ العقد في الظاهر والباطن ويأثم الظالم منهما، أو في الظاهر خاصة؟ وهو في نفس الأمر منعقد على ما ادعاه المحق. وما صححه المصنف ذكر سند أنه ظاهر المذهب، ورجح الثاني بأن أصل المذهب أن حكم الحاكم لا يحل حراماً، وسيأتي بيان ذلك في الأقضية. وأجيب بأن مسألة البيع قد أوجب النبي صلى الله عليه وسلم فيها رد البيع، ورد المبيع يوجب انتقاضه، وفيه نظر، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما ردها في الظاهر.

فرع:

إذا بنينا على أنه إنما يفسخ في الظاهر فمن حجة البائع أن يبيع السلعة؛ لأنه يقول: لي في ذمة المشتري دين منعني منه، وقد عثرت على سلعة له، ولا يمكن أخذها من ديني إلا بعد بيعها، فإن ساوت مثل الثمن فلا كلام، وإن ساوت أقل بقي باقي الثمن ديناً لي عليه،

وإن ساوت أكثر رد الفضلة. وبين أصحاب الشافعي اختلاف: هل يبيع ذلك لنفسه لأجل تعذر الرفع إلى الحاكم في مثل هذا أو يتولى الحاكم البيع؟ والأشبه بظاهر مذهبنا رفعه إلى الحاكم ليتولى البيع عليه، قاله المازري. ابن عبد السلام: والذي أفهم أنا من قواعد مذهبنا أنه لا يلزمه ذلك، بل له أن يتولى البيع بنفسه.

وثَمَرَتُهُ حِلُّ الْوَطْءِ وغَيْرِهِ

أي: فعلى الأصح يحل للبائع الانتفاع بالمبيع وطأً وغيره، ولا يحل ذلك على القول الآخر؛ لأنه على ملك المشتري، إما بما ادعاه هو أو بما ادعاه البائع، وإنما بقي له دين في ذمة المشتري.

ويَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ دَعْوَى خَصْمِهِ، وقِيلَ: مَعَ تَحْقِيقِ دَعْوَاهُ، فَإِنْ نَكَلَ الثَّانِي فَلا بُدَّ مِنَ الثَّانِي، ولِهَذَا قَالَ اللَّخْمِيُّ: لَهُ أَنْ يَجْمَعَهُمَا ....

مثاله: لو ادعى البائع أنه باع بعشرة وادعى المشتري أنه اشتراها بثمانية، فيحلف على نفي دعوى خصمه، فيقول البائع: والله ما بعته بثمانية. إذ المقصود نفي دعوى الخصم، وهذا القول حكاه اللخمي، واقتصر عليه صاحب البيان، وأنكره المازري، والمشهور هو القول الثاني، وهو أن كل واحد منهما يحلف في يمين واحدة على نفي دعوى خصمه وإثبات دعواه، فيحلف البائع ما بعته بثمانية ولقد بعته بعشرة. نص عليه فيها في تضمين الصناع، وعلى هذا ففي تقديم المصنف للأول نظر.

وقوله: (**فَإِنْ نَكَلَ الثَّانِي**) وهو المشتري على المشهور (**فَلا بُدَّ مِنَ الثَّانِي**) أي: أن يحلف البائع على إثبات دعواه؛ إذ لا يلزم من نفي البيع بثمانية أن يكون حصل بعشرة لجواز أن يكون وقع بتسعة. وكذلك إذا بنينا على تبدية المشتري، فإذا حلف المشتري ما اشتريت بعشرة، ونكل البائع أن يكون باعها بثمانية، فلا بد للمشتري بعد ذلك أن يقول:

ولقد اشتريتها بثمانية. ولما كان في كل من القولين راجحية من وجه ومرجوحية من آخر، فأما راجحية الأول فلأنه لم يلزم الحالف إلا بالقدر المضطر إليه، وأما مرجوحيته فلكونه ألزمه اليمين مرتين. وأما راجحية الثاني فلكونه ألزمه اليمين مرة واحدة، وأما مرجوحيته فلأنه ألزمه أولاً بنفي ما لم يلزمه. قال اللخمي: الخيرة في ذلك للحالف؛ فإن شاء قلل الأيمان على نفسه فيجمعها أولاً، وإن شاء التزم تكرار اليمين فيحلف أولاً على النفي ويؤخر يمين الإثبات حتى ينكل صاحبه.

وَالاخْتِلافُ فِي الرَّهْنِ وَالْحَمِيلِ كَذَلِكَ

أي: كالمقدار. فتجيء الأربعة الأقوال وما يتعلق بذلك من الفروع؛ لأن الثمن يزيد بعدمهما ويقل بوجودهما، وهذا هو الظاهر. وإن كان وقع في المذهب ما يدل على أن الرهن لا حصة له من الثمن، كما سيأتي في باب الرهن.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي تَعْجِيلِهِ وَتَأْجِيلِهِ حُكِمَ بِالْعُرْفِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكَذَلِكَ، وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ. وَقِيلَ فِي الْبَعِيدِ وَالْقَرِيبِ كَذَلِكَ ....

أي: قال البائع بعته بنقد، وقال المشتري: بل بنسيئة، فالقول قول من ادعى العرف مع يمينه إن كان عرف، وإن لم يكن عرف فكذلك؛ أي: يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت، هكذا نقل ابن بشير هذا القول، وقال: إنه الأصل. وعلى هذا فكلامه يشتمل على ثلاثة أقوال. ويحتمل [٤٩٥/ ب] أن يريد بقوله: وإن لم يكن عرف فكذلك؛ أي: كالاختلاف في الثمن فتأتي الأربعة الأقوال.

وعلى هذا الوجه اقتصر ابن عبد السلام، ويكون قوله: **(وَقِيلَ)** قولاً خامساً.

ويترجح هذا بأن الغالب من كلام المصنف إذا قال كذلك أنه إنما يريد الاختلاف في قدر الثمن، ويرجح الأول موافقة ابن بشير، وأيضاً فلأن قوله في القول الآخر، وقيل: في

البعيد والقريب كذلك، إنما يمكن فهمه على أن المراد يتحالفان ويتفاسخان، ولا يمكن أن يريد فتأتي الأربعة الأقوال؛ لأنه يقال: إن في قوله تفصيلاً مشتملاً على أربعة أقوال.

وقوله: (**وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ**). **ابن عبد السلام**: ظاهره سواء كانت السلعة قائمة أو فائتة، وسواء كان فيها عرف أو لم يكن، وهذا يشبه قول ابن القاسم في كتاب الرهن. انتهى. وهو منصوص لمالك في الواضحة من رواية مطرف أن البائع مصدق مع يمينه فاتت السلعة أو لم تفت.

قوله: (**وَقِيلَ فِي الْبَعِيدِ**) أي: وقيل: إن القول قول البائع في الأجل البعيد، وأما القريب فكذلك؛ أي: فيتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت كالاختلاف في قدر الثمن، هكذا نقل ابن بشير وصاحب الجواهر هذا القول.

تنبيه:

مقتضى كلام ابن بشير وابن شاس أن القول الثاني ليس خلافاً للأول؛ لأنهما لما قالا: وقيل: القول قول البائع. قالا: وهو بناء على أن العادة التعجيل.

واعلم أن مسائل الأجل ثلاثة:

الأولى: أن يختلفا في أصل الأجل، وهي هذه المسألة.

الثانية: أن يتفقا عليه ويختلفا في انقضائه، وهي الآتية؛ أعني قوله: (**وإذا اختلفا في انتهائه**).

والثالثة: أن يختلفا في مقداره، كما لو قال: بعتك إلى شهر. وقال المشتري: بل إلى شهرين.

المازري: فيجري فيه الخلاف الذي في مقدار الثمن. قال: ولم يختلف المذهب في هذا، وحصل في البيان المسألة على غير هذه الطريقة، وجمع في المسائل الثلاث ثمانية أقوال:

أحدها: رواية ابن وهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما كانت السلعة بيد البائع، فإن دفعها إلى المبتاع كان القول قوله سواء أقر بأجل أو لم يقر به، وهو اختيار سحنون.

الثاني: يتحالفان ويتفاسخان ما كانت السلعة بيد البائع، فإن دفعها إلى المبتاع كان القول قول البائع إن لم يقر بأجل، والقول قول المبتاع إن أقر به.

الثالث: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المبتاع السلعة ما لم تفت، فإن فاتت كان القول قول البائع إن لم يقر بأجل، وقول المبتاع إن تقاررا على الأجل أو اختلفا فيه، وهذا أحد قولي مالك وابن القاسم، وهو المشهور عنه.

الرابع: يتحالفان ويتفاسخان، وإن قبض المبتاع السلعة ما لم تفت، فإن فاتت فالقول قول المشتري وإن لم يقر المبتاع بأجل، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ.

الخامس: أن القول قول المشتري إذا ادعى من الأجل ما يشبه - كانت السلعة قائمة أو فائتة - وروي هذا عن ابن القاسم.

السادس: أن البائع إن لم يقر بأجل كان القول قوله ما لم يدفع السلعة، فإن دفعها كان القول قول المشتري.

السابع: أن البائع إذا لم يقر بأجل فالقول قوله، وإن دفع السلعة ما كانت قائمة فإن فاتت كان القول قول المشتري، وروي أيضاً هذا القول عن ابن القاسم، وهو قول العراقيين.

الثامن: أن القول قول البائع إن لم يقر بأجل كانت السلعة قائمة أو فائتة، وإن أقر بأجل كان القول قول المشتري كانت السلعة أيضاً قائمة أو فائتة فلا يتحالفان ولا يتفاسخان في شيء، وهو قول مالك في رواية مطرف عنه.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي انْتِهَائِهِ فَقَطْ فَالقَوْلُ قَوْلُ مُنْكِرِ التَّقَضِّي

أي: إذا اتفقا على الأجل واختلفا هل انقضى أم لا؟ كما لو اتفقا أن البيع وقع إلى شهر واختلفا هل انقضى أم لا؟ وذلك مستلزم لاختلافهما في أوله، وكان القول قول منكر التقضي؛ لأن الأصل ألا معاملة بينهما إلا بعد الثبوت. وفي تضمين الصناع: وإن تصادقا على أن الأجل شهران وادعى البائع حلوله وأنكر المبتاع حلف المبتاع وصدق. زاد في الواضحة عن ابن القاسم: وكذلك إن اختلفا في مقداره.

واعلم أن قول المصنف: (**مُنْكِرِ التَّقَضِّي**) أعم فائدة من قول غيره "قول المبتاع"؛ لأن المبتاع كما ينكر التقضي كذلك أيضاً قد ينكر المسلم التقضي، فيكون القول قوله، وكذلك يتصور فيما فيه ضمان.

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي قَبْضِ الثَّمَنِ أَوِ السِّلْعَةِ فَالأَصْلُ بَقَاؤُهُمَا، وَيُحْكَمُ بِالْعُرْفِ فِي بَعْضِهَا كَاللَّحْمِ وَالْبَقْلِ إِذَا بَانَ بِهِ، وَكَغَيْرِهِمَا إِذَا طَالَ الزَّمَانُ طُولاً يَقْضِي الْعُرْفُ بِخِلافِهِ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْعَوَائِدِ ....

يعني: إذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن بأن يقول البائع: ما قبضته، ويقول المشتري: بل أقبضتكه، أو السلعة بأن يقول المشتري: لم أقبض السلعة، ويقول البائع: أقبضتها لك - فالأصل بقاؤهما؛ أي: بقاء الثمن في ذمة المشتري وبقاء السلعة في يد البائع؛ لأن الأصل عدم خروج الثمن من ذمة المشتري إلا ببينة أو إقرار، وكذلك المثمون الأصل بقاؤه بيد البائع، ثم ذكر أن العرف يقدم على الأصل في مثل اللحم والبقل، وشبه هذه الأشياء في المدونة بالعرف؛ إذ العرف في مثل هذه الأشياء إعطاء الثمن قبل التفرق.

وحكى المازري الاتفاق على اعتبار العادة هنا، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق في هذه الأشياء [٤٩٦/ أ] بين أن تكثر أو تقل، وهو قول ابن أبي زمنين، ونقله عن ابن القاسم، وأنكر ذلك يحيى بن عمر فيما كثر، وجعله كسائر السلع القول فيه قول البائع.

وقيد المصنف كون القول قول المشتري بالبينونة كالمدونة لاتفاق المذهب على رجحان قول المشتري حينئذٍ، ومفهومه أنه لا يقيد قبلها، وفيه تفصيل إذا قال: دفعته إليه بعد قبض الرطب، فالقول قول الرطَّاب باتفاق، وإن قال: دفعته قبل قبض الرطب فثلاثة أقوال:

أحدها: أن القول قول البائع، وهو ظاهر قول مالك في العتبية.

والثاني: أن القول قول المبتاع، رواه ابن القاسم في الموَّازيَّة.

الثالث: أن القول قول المشتري في كل ما الشأن فيه قبض ثمنه قبل قبض المثمون، وهو قول ابن القاسم في الموَّازيَّة، حكاه ابن رشد. وحكى غيره في المسألتين قولين سواء قال: دفعته قبل قبض الرطب أو بعده، أما إن لم يقبض المشتري المثمَّن وادعى أنه دفع الثمن فلا خلاف أنه لا يعتبر قوله.

وقوله: (**وكَغَيْرِهِمَا**) أي: وكذلك القول قول المشتري في غير البقل واللحم كالدور والعروض مما لم يجر العرف فيه بالقبض، بشرط الطول لشهادة العرف حينئذٍ؛ لأن البائع لا يصبر إلى مثل هذا الزمان، وهذا هو الأصل أنه يرجع إلى العرف، ووقع في الرواية التحديد بالزمان، فمن ذلك ما قاله ابن حبيب: أما الرقيق والدور والدواب والرباع وشبه ذلك مما لا يباع على الدين ولا على التقاضي، فالقول قول البائع في عدم القبض ما لم يمض لذلك السنة والسنتان، فالقول قول المبتاع ويحلف.

وأما التجارات مما يباع على التقاضي والأجل فالقول قول البائع، ما لم يمض لذلك عشر سنين أو أقل من ذلك مما لا يباع ذلك إليه، فيصدق المبتاع ويحلف. وروى ذلك مطرف وقال به. وساوى ابن القاسم بين البز والربع وغيره مما عدا الحنطة والزيت، وجعل القول قول البائع في ذلك كله وإن بعد عشرين سنة حتى يجاوز الوقت الذي يجوز البيع إليه.

ابن محرز وابن يونس وغيرهما: والأصل في هذا أن يحمل على العرف في تلك السلعة ويقضى به، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: (**وَيَرْجِعُ إِلَى الْعَوَائِدِ**). وكذلك قال ابن بشير: إن حظ الفقيه أن يحيل على العوائد.

وَالْمَثْمُونُ كَذَلِكَ

يحتمل أن يريد: وإن اختلفا في قبض المثمون فكذلك؛ أي: الأصل بقاؤه. لكنه تكرار لقوله في صدر المسألة: (**أَوِ السِّلْعَةِ**).

والظاهر أنه يريد: والاختلاف في قدر المثمون كذلك؛ أي: ففيه الأربعة الأقوال، وهكذا نص عليه المازري. ويؤيده أن الإشارة في كلامه بـ(**ذَلِكَ**) غالباً إنما هي في الخلاف. ويؤيده أيضاً قوله بعد هذا: والاختلاف في قدر المسلم فيه كالاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع. فشبه بقدر المبيع، ولم يتقدم له ذكر إلا في هذا الموضع على هذا الحمل. ولا يقال: التشبيه في كلامه لإفادة الحكم؛ لأنه قد يفعل ذلك لأنا نقول: التشبيه على ما تقدم هو الأغلب فهو أولى، والله أعلم.

وَإِشْهَادُ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ مُقْتَضٍ لِقَبْضِ الْمَثْمُونِ عُرْفاً عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: إذا أشهد المشتري على نفسه بتقرر الثمن في ذمته فذلك موجب لقبض السلعة لشهادة العرف بذلك، فإذا ادعى بعد ذلك أنه لم يقبض السلعة فالقول قول البائع على المشهور، وهل يحلف؟ قال أشهب في العتبية: يحلف إن كان بحضرة البيع والإشهاد. قال: وأما إن كف حتى حل الأجل، فقال: لم أكن قبضت السلعة، فلا قول له ولا يمين، والشاذ لابن عبد الحكم أن القول قول المبتاع في عدم القبض.

فرع:

يشبه هذا في ترجيح الفرق إذا أشهد البائع على نفسه بقبض الثمن. ثم قام يطلبه وقال: إنما أشهدت على نفسي ثقة مني بالمشتري. فهل يحلف المشتري له؟ فقال ابن المواز:

يحلف، وأطلق. وروى ابن حبيب عن مالك وأصحابه أنه لا يحلف. وقال ابن حبيب: إلا أن يأتي بسبب يدل على ما ادعاه أو يتهم فيحلف.

والأكثرون على أن البائع إن قام على المشتري بقرب البيع حلف، وإلا فلا، إلا أن يكون بين المتبايعين قرابة أو صداقة تشبه معها دعوى البائع، فيحلف له المشتري، وإلا لم يحلف.

خليل: وانظر هل يتخرج قول ابن عبد الحكم هنا، أو تتخرج الأقوال التي هنا في اليمين في المسألة السابقة أم لا؟

وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي الْخِيَارِ فَثَلاثَةٌ: الْبَتُّ الْمَشْهُورُ، وَالْخِيَارُ، وكَالثَّمَنِ

أي: إذا ادعى أحدهما أنه وقع على البت والآخر على الخيار فثلاثة أقوال:

المشهور: أن القول قول من ادعى البت؛ لأنه الغالب من بيوع الناس.

الثاني لأشهب: أن القول قول مدعي الخيار؛ لأن الأصل عدم انتقال الملك. ابن بشير: وبه كان يفتي من حقق النظر من أشياخي.

والثالث لبعض الشيوخ: أن ذلك كاختلاف المتبايعين في مقدار الثمن؛ لأن الثمن يختلف بالكثرة والقلة لاختلاف أحوال البيع من بت وخيار.

وإِذَا اخْتَلَفَا فِي الصِّحَّةِ، فَفِيهَا: فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِيهَا، وقِيلَ: إِنْ غَلَبَ الْفَسَادُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِيهِ، وكَذَلِكَ قَالَ سُحْنُونٌ فِي الْمُغَارَسَةِ: الْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الْفَسَادِ ....

إذا اختلفا في الصحة والفساد فالمشهور وهو مذهب المدونة أن القول قول مدعي الصحة مطلقاً، وقيده ابن أبي زيد وغيره بأن يكون اختلافهما في ذلك لا يؤدي إلى الاختلاف في مقدار الثمن، كقول أحدهم: البيع وقع [٤٩٦/ ب] يوم الجمعة، والآخر ينكره، وأما إذا أدى إلى الاختلاف فيه فيجري على حكم الاختلاف في الثمن.

وفي ابن بشير: إن لم يؤد إلى الاختلاف في مقدار الثمن فالقول قول مدعي الصحة. وإن عده بالاختلاف في مقدار الثمن فطريقان:

إحداهما: أنه يعطى حكم الاختلاف في الثمن.

والثانية: حكم الاختلاف في الصحة والفساد.

وإذا قلنا أنه كالاختلاف في الثمن فهل يتحالفان أو يحلف أحدهما؟ قولان: ظاهر ما في المَوَّازِيَّة أنهما يتحالفان كالاختلاف في قدر الثمن. وقال المتأخرون: بل تقال الأيمان. وإذا قلنا بهذا فهل يبدأ بيمين مدعي الصحة رجاء أن ينكل فيفسخ البيع، أو يبدأ بيمين مدعي الفساد فإن نكل تم البيع من غير يمين؟ لهم في ذلك طريقان. وغرض الجميع تقليل الأيمان. انتهى.

وكان القول لمدعي الصحة؛ لأنها الغالبة في التعامل بين المسلمين، أو لأن البيع الصحيح هو الحقيقة. وعلى الأول فينبغي أن يكون القول الثاني تقييداً للأول ليس بخلاف، وهو قول عبد الحميد. واحتج بقول سحنون في المغارسة: القول قول مدعي الفساد فيها؛ لأن الغالب فسادها في زمانه. وبقول ابن القاسم في المدونة في الزوجة إذا أرخى الستر وادعت أنه وطئها فالقول قولها، ولو كان ذلك في نهار رمضان الذي لا يحل الوطء فيه؛ لأن الغالب مبادرة الزوج حينئذٍ إلى الوطء. ولأن ابن القاسم وافق على مسألة المغارسة في رواية حسين وأبي زيد، ولم ينقله في الجواهر على أنه خلاف كما فعل المصنف، والله أعلم.

تنبيه:

اعلم أن في اختلاف المتبايعين طريقين:

الأولى: للمتأخرين، وهي ما حكاه المصنف.

والثانية: لابن القصار سوى فيها بين اختلافهما في مقدار الثمن والمثمون وبين الاختلاف في الأجل والرهن والكفيل والبت، وذكر في الجميع ثلاث روايات، وأسقط من الأربعة المتقدمة رواية ابن وهب الثانية اعتبار البينونة مع القبض، ورواها الطرطوشي.

وَالاخْتِلافُ فِي السَّلَمِ كَذَلِكَ إلا أَنَّ الْمُسْلَمَ إِلَيْهِ فِي قَبْضِ رَأْسِ الْمَالِ إِنْ كَانَ عَرَضاً كَالْمُشْتَرِي فِي النَّقْدِ فِي قَبْضِ السِّلْعَةِ وَفِي فَوَاتِهَا ....

يحتمل أن يشير بذلك إلى اختلافهما في الصحة والفساد، أو اختلافهما في مقدار الثمن، أو إلى جميع ما تقدم، وعلى هذا فيحلف إذا اختلفا في القدر ويتحالفان ويتفاسخان إذا اختلفا في الجنس، وقد صرح في المدونة بذلك، وعلى هذا فلا بد من تخصيص كلامه بما عدا الاختلاف في مقدار المسلم فيه، فإن المصنف سيذكره، وهذا هو الظاهر. ولما كان التشبيه يقتضي أن المسلم هو المشتري وأن المسلم إليه هو البائع، بين أن الأمر هنا على العكس، فبين أن المسلم إليه هنا كالمشتري والمسلم كالبائع.

وإنما قلنا: إنه جعل المسلم إليه هنا كالمشتري؛ لأنه ذكر أنه يترجح قوله بالقبض، ثم شرط في قبض رأس المال المرجح لقول المسلم إليه أن يكون عرضاً، ثم بين ما يلحق فيه، فقال: (**فِي قَبْضِ السِّلْعَةِ وَفَوَاتِهَا**). وفي اقتصاره على هذين القولين نظر، بل ينبغي أن يقول: فتأتي الأربعة الأقوال، وفيه أيضاً نظر آخر؛ لأن تقييده بالعرض يوهم أن العين ليس كذلك، فعلى هذا لو قبض المسلم إليه رأس المال وهو عين لاتفق على أنه لا يكون القول قوله وليس كذلك، بل القول قوله على رواية ابن وهب في الترجيح بالقبض، وتأتي بقية الأقوال وقد نص على ذلك المازري وسند، ولا خلاف بين العرض وغيره إلا فيما يقع به الفوات؛ ففي العرض بحوالة الأسواق فأعلى، وفي العين خلاف نبه عليه بقوله:

وَإِنْ كَانَ عَيْناً فَفِي وَقْتِ فَوَاتِهِ ثَلاثَةٌ: طُولُ الزَّمَانِ الْكَثِيرِ، أَوْ طُولٌ مَا أَوْ غَيْبَتُهُ عَلَيْهِ ....

الأول من الثلاثة هو المشهور، **والثاني** ذكره ابن رشد، **والثالث** للتونسي، قال: والأشبه أنه لا فرق في الدنانير والدراهم بين كثير الطول وغيره؛ لأن الغيبة عليها تُفيت عينها.

والاخْتِلافُ فِي قَدْرِ الْمُسْلَمِ فِيهِ كَالاخْتِلافِ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فِي النَّقْدِ أَوْ قَدْرِ الْمَبِيعِ ....

أي: إذا اختلف المسلم والمسلم إليه في قدر المسلم فيه مع اتفاقهما في جنسه وصفته فذلك جار على الاختلاف في قدر الثمن في النقد أو قدر المبيع، فإن كان قبل قبض رأس المال تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد قبضه فالأربعة الأقوال، وفي المدونة: القول قول المسلم إليه عند حلول الأجل إذا ادعى ما يشبه، وإلا فللمشتري إن ادعى ما يشبه، فإن ادعيا ما لا يشبه فقال ابن القاسم في الموَّازيَّة: يحملان على الوسط من سلم الناس يوم تعاقدا.

المازري: وهو المشهور. وقال في الأَسَدِيَّة مرة بهذا وأخرى بأنهما يتحالفان ويتفاسخان.

تنبيه:

وقوله في المدونة القول قول المسلم إليه عند حلول الأجل، قال ابن المواز: وأما إن اختلفا بقرب مبايعتهما فيتحالفان ويتفاسخان.

وقال ابن حبيب: إذا اختلفا قبل الأجل في كيل الطعام صدق البائع إلا أن يأتي بما لا يشبه فيصدق المبتاع وإلا حمل على الوسط.

ابن يونس: ظاهر هذا خلاف قول محمد؛ إذ قد يكون اختلافهما بقرب مبايعتهما وقد لا يكون، وابن حبيب لم يفصل وابن أبي زيد حمله على الوفاق.

وإذَا اخْتَلَفَا فِي الْمَوْضِعِ صُدِّقَ مُدَّعِي مَوْضِعِ الْعَقْدِ، وإلا فَالْبَائِعُ لأَنَّهُ كَالأَجَلِ، فَإِنْ تَبَاعَدَا ولَمْ يُشْبِهْ واحِدٌ مِنْهُمَا تَحَالَفَا ....

[٤٩٧/أ] أي: فإن اختلفا في الموضع الذي يقبض فيه السلم، فإن ادعى أحدهما موضع العقد فالقول قوله مع يمينه مطلقاً على المشهور، وهو مذهب المدونة، وقال سحنون: القول للبائع، ولو ادعى خلافه لأنه غارم. وقال أبو الفرج: يتحالفان ويتفاسخان إذا ادعيا ما يشبه، ولو ادعى أحدهما موضع التعاقد. وهذا إنما هو إذا كان اختلافهما بعد فوات رأس المال، وإلا تحالفا وتفاسخا، نص على ذلك المازري وغيره وقد أهمله المصنف.

وما هو الفوات؟ فسره المازري بطول الزمان، فقال: فإن وقع الفوت بطول الزمان. وفسره سند بالقبض، وهو ظاهر المدونة في هذه المسألة، ونصها: قلت أرأيت إن اختلف المسلم إليه ورب السلم في الموضع الذي يقبض الطعام فيه فقال المسلم إليه: إنما قبضت منك دراهمك على أن أعطيك الطعام في الفسطاط، وقال الذي له السلم: إنما دفعت إليك على أن أقبض منك في الإسكندرية، فالقول قول البائع؛ لأن الموضع كالآجال. وظاهره اعتبار القبض.

قوله: **(وإلا)** أي: وإن لم يدَّعِ منهما واحد موضع العقد فالقول للبائع، هو المسلم إليه؛ لأنه غارم كما أن القول قوله إذا اختلفا في الأجل؛ لأن اختلاف البلدان كاختلاف الآجال خلافاً لأبي الفرج، وإنما يكون القول قول البائع إذا أشبه قوله فقط أو أشبه ما قال كل واحد منهما، وأما إن لم يشبه إلا قول المشتري وحده فيعمل على قوله، وأما إن ادعيا معاً ما لا يشبه فقد نبه عليه بقوله: **(فَإِنْ تَبَاعَدَا)** ولم يشبه قول واحد منهما تحالفا؛ أي: وإن تباعدا في دعواهما فإن ادعى كل وحد منهما موضعاً بعيداً تحالفا وتفاسخا. قاله في المدونة والموَّازيَّة والواضحة؛ لأنه وإن كان الأصل أن يعمل على قول المسلم إليه إلا أن العرف كذبه.

تنبيه:

ما ذكره من قوله: (**وإلا فَالْبَائِعُ**) لأنه كالأجل صحيح، وقد نص عليه في المدونة كما ذكرنا، لكن يبقى في كلام المصنف نظر؛ لأنه لم يقدم في الأجل أن القول قول البائع إلا على القول الشاذ فلا تصح الإحالة عليه.

* * *

انتهى المجلد الخامس

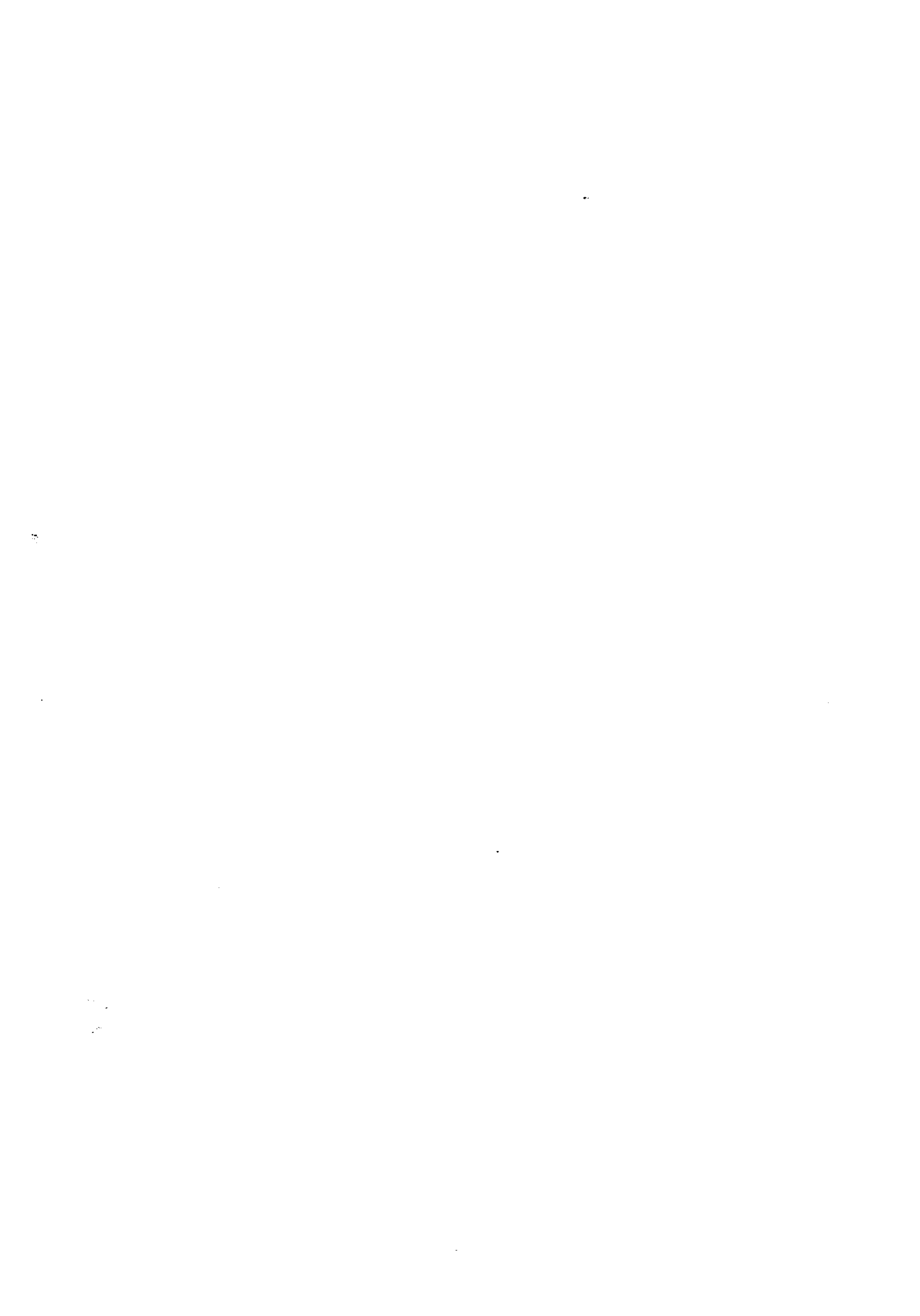
من كتاب التوضيح

للشيخ خليل بن إسحاق الجندي

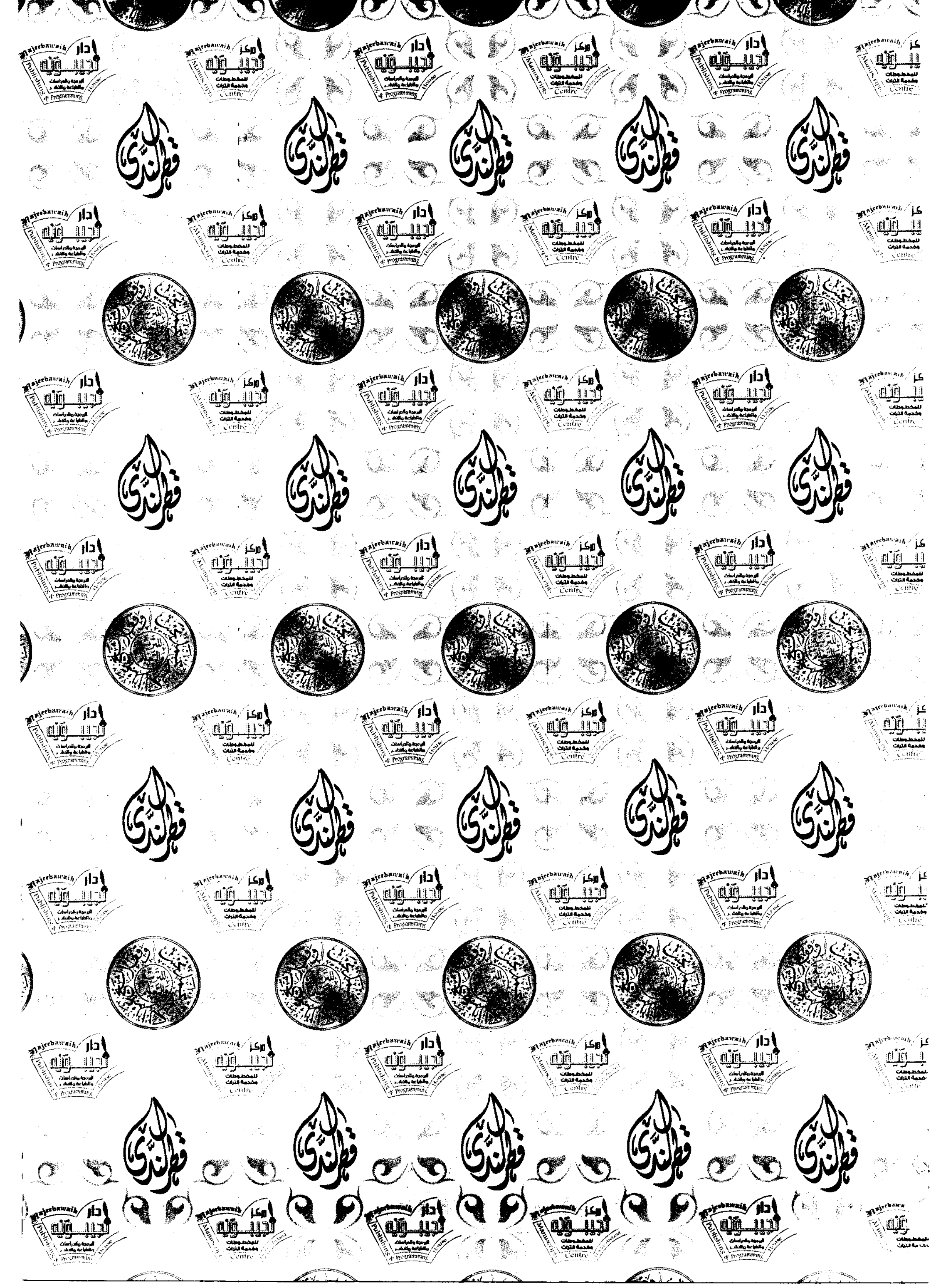
ويليه المجلد السادس وأوله

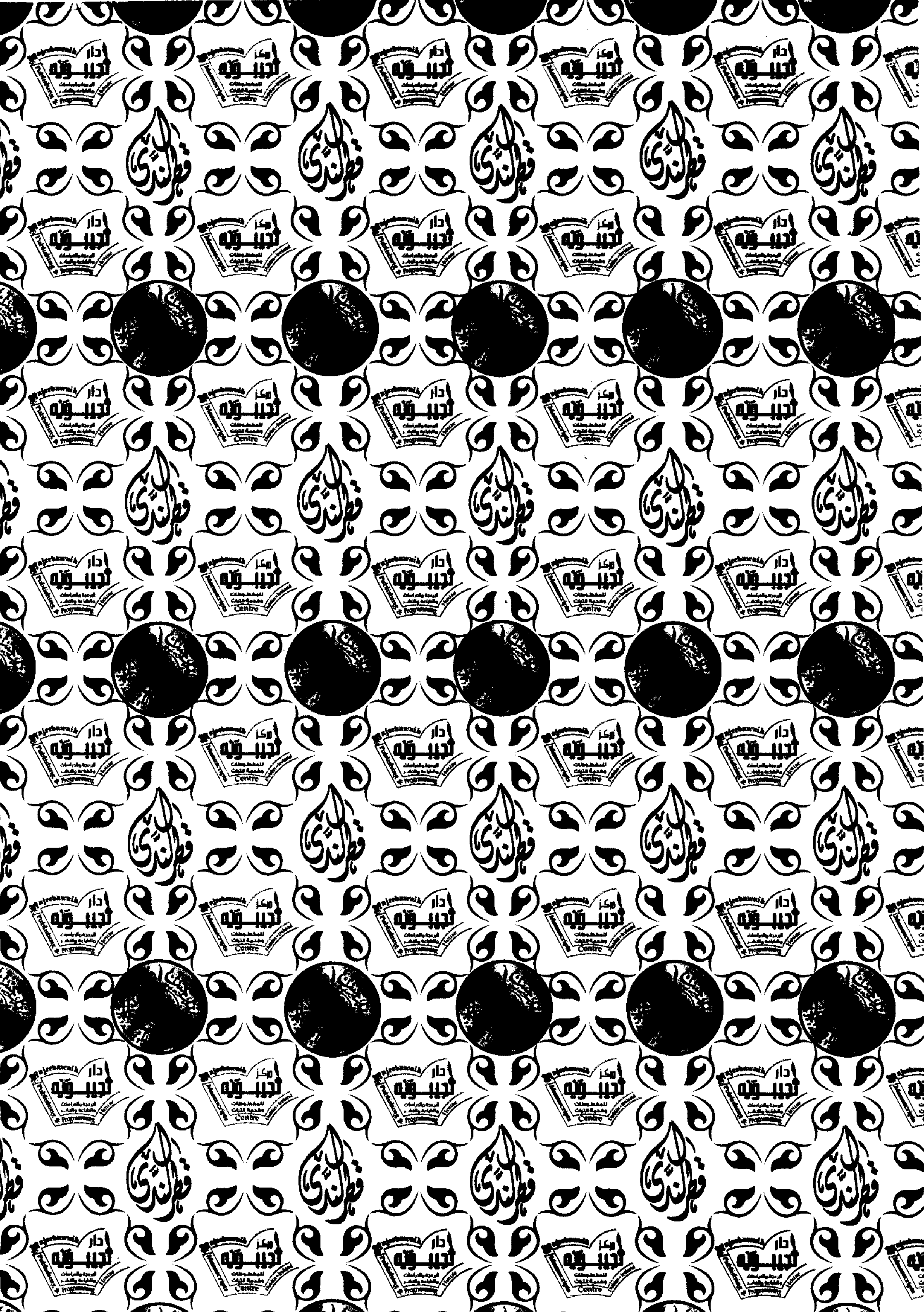
كتاب السلم

فهرس المجلد الخامس

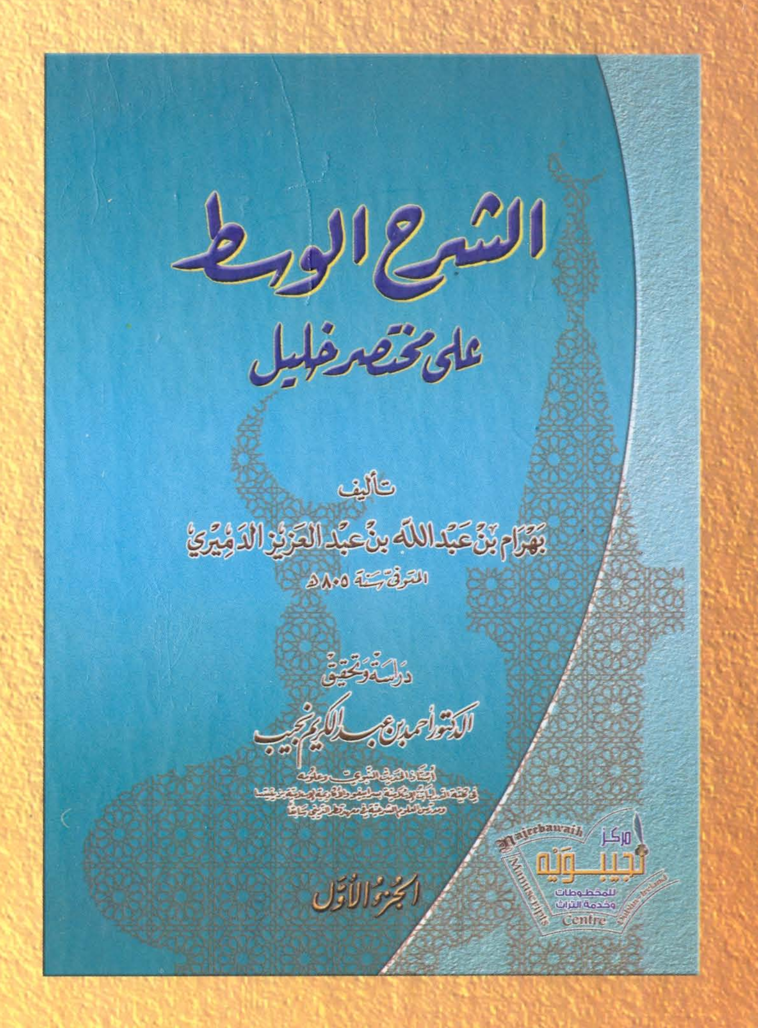


* فهرس موضوعات المجلد الخامس *





من إصدارات مركز نجيبويه



تطلب منشورات المركز من



25 Orlagh Grove, Knocklyon,
Dublin 16, IRELAND
Tel: (+353)8650403020 - 866629777

*****

16 Waley. El-Ahd St., Hadayek
El-Kobba, Cairo EGYPT
Tel: (+20)106669912
(+20)224875704 - 224875690

*****

GH11 IMM6 APT22 Madinati,
Casablanca MAROC
Tel: (+212)667893030 - 672204026